

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

155. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
September
2019

9 2019

www.zbjv.ch

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Frédéric Krauskopf

Stämpfli
Verlag AG
Bern



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 569** Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts
in den Jahren 2017 und 2018
Von Prof. Dr. iur. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg
- 614** Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts
in den Jahren 2016/2017: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht
Von Prof. Dr. iur. PETER V. KUNZ, ALEX CHRISTEN und
ALEX ATTINGER, Bern

Aktuell aus dem Bundesgericht

- 659** Auf die Strasse fallende Bäume sind weder ein Werk,
noch hat die Gemeinde die Kosten ihrer Beseitigung zu tragen
Von PD Dr. MARTIN KOCHER, Basel

Verschiedenes

- 662** Bernischer Juristenverein
Vortragsprogramm 2019/2020

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88
E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Bern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Zürich; Kantonsrichter ROLF BRUNNER, St. Gallen; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber PD Dr. MARTIN KOCHER, Studen BE; Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Bern; Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Prof. Dr. ADRIANO MARANTELLI, Bern; Prof. Dr. ANDREA OPEL, Luzern; Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern; Prof. Dr. ROGER RUDOLPH, Zürich; Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten; Prof. Dr. FRANZISKA SPRECHER, Bern; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. FRANZ ZELLER, Bern.

Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 179.–, Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv CHF 152.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 172.–, Ausland CHF 218.–,

Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 138.–,

Einzelheft CHF 15.– (exkl. Versandkosten).

Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 25

E-Mail periodika@staempfli.com, Internet www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inserate: Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,
Tel. 031 300 63 89

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,
Tel. 031 300 66 66

E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 2014 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print)/
e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2016/2017: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht

Von Professor PETER V. KUNZ¹, ALEX CHRISTEN und
ALEX ATTINGER, Bern

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung

II. Ausgewählte Bundesgerichtsentscheide

A. Gesellschaftsrecht

1. Personengesellschaften

- a) BGE 142 III 782 (Urteil 4A_357/2016 vom 8. November 2016) (französisch)
- b) Urteil 4A_245/2016 vom 19. Dezember 2016 (französisch)
- c) BGE 143 III 480 (Urteil 4A_42/2017 vom 27. Juni 2017)
- d) Urteil 5A_392/2017 vom 24. August 2017

2. Aktienrecht

2.1. Übertragung von Aktien

- e) Urteil 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016 (französisch)

2.2. Eintragung einer Kollektivzeichnungsberechtigung im Handelsregister

- f) BGE 142 III 204 (Urteil 4A_536/2015 vom 3. März 2016)

2.3. Organisation der Gesellschaft

- g) BGE 143 III 120 (Urteil 4A_579/2016 vom 28. Februar 2017)

2.4. Verantwortlichkeit

- h) Urteil 4A_518/2015 vom 3. März 2016
- i) Urteil 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016
- j) Urteil 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017

¹ Univ.-Prof. Dr. iur. PETER V. KUNZ, Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C. in Washington, D.C.), ist seit dem Jahr 2005 als Ordinarius für Wirtschaftsrecht sowie für Rechtsvergleichung an der Universität Bern sowie als geschäftsführender Direktor des Instituts für nationales und für internationales Wirtschaftsrecht (www.iwr.unibe.ch) tätig; er amtiert seit dem Jahr 2015 als Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät. Der vorliegende Beitrag wurde im *Mai 2019* abgeschlossen.

2.5. Konkursverschleppungsschaden

- k) Urteil 4A_270/2016 vom 7. Oktober 2016 (französisch)
- l) Urteil 4A_271/2016; 4A_291/2016 vom 16. Januar 2017
- m) Urteile 6B_199/2016 vom 8. Dezember 2016, 6B_985/2016 vom 27. Februar 2017 sowie 6B_961/2016 vom 10. April 2017

3. Recht der GmbH

- n) Urteil 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016
- o) BGE 143 I 328 (Urteil 4A_75/2017 vom 22. Mai 2017)

B. Finanzmarktrecht

1. Bankprivatrecht

- a) Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 (französisch)
- b) Urteil 4A_403/2016 vom 18. April 2017 (französisch)
- c) Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 (französisch)
- d) BGE 143 III 348 (Urteil 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017) (französisch)

2. Finanzmarktaufsichtsrecht

- e) BGE 142 II 243 (Urteil 2C_739/2015 vom 25. April 2016)
- f) Urteil 4A_83/2016 vom 22. September 2016
- g) Urteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016
- h) BGE 143 II 162 (Urteil 2C_867/2015 vom 13. Dezember 2016)
- i) BGE 143 I 253 (Urteil 1C_214/2016 vom 22. März 2017)

I. Einleitung

Im Folgenden stellen der Unterzeichner sowie die beiden Teamkollegen nur, aber immerhin, einige *ausgewählte Bundesgerichtsentscheide* der Jahre 2016 bzw. 2017 dar. Dabei liegt notabene – wie bereits die letzten Male für die Jahre 2010 bzw. 2011², für die Jahre 2012 bzw. 2013³ sowie für die Jahre 2014 bzw. 2015⁴ – der Fokus auf dem *Gesellschaftsrecht* einerseits sowie auf dem *Finanzmarktrecht* andererseits.

Das Bundesgericht kann nur solche Rechtsfragen beantworten, die ihm in konkreten Verfahren vorgelegt werden. Im Berichtszeitraum ist zwar keine eigentliche Konstante feststellbar, immerhin befasste sich das Gericht mehrfach mit dem *Verantwortlichkeitsrecht*.

2 ZBJV 2013, 99 ff.

3 ZBJV 2015, 121 ff.

4 ZBJV 2018, 1 ff.

Der vorliegende Beitrag ist – einmal mehr bei der ZBJV – ein *wissenschaftliches «Joint Venture»* (mit dem Unterzeichner tendenziell als «Junior Partner»). Nach einer gemeinsamen Auswahl haben meine wissenschaftlichen Assistenten die Urteile selbständig zusammengefasst und bearbeitet. Ich bedanke mich bei Rechtsanwalt ALEX CHRISTEN sowie bei Rechtsanwalt ALEX ATTINGER für ihren Einsatz und ihre wertvolle Arbeit!

II. Ausgewählte Bundesgerichtsentscheide

A. Gesellschaftsrecht

1. Personengesellschaften

- a) *BGE 142 III 782 (Urteil 4A_357/2016 vom 8. November 2016)*⁵ (französisch).⁶
Recht der einfachen Gesellschaft: Streitgenossenschaft, Aktivlegitimation sowie Parteiwechsel

Das vorliegende Urteil des Bundesgerichts ist *lesenswert für jedermann*, der im Zusammenhang mit einfachen Gesellschaften gemäss Art. 530 ff. OR prozessieren will (oder muss). Nebst *materiellen* Themen zur Rechtsqualifikation von einfachen Gesellschaften («n'est pas une personne morale, mais une communauté du droit civil»⁷) werden *prozessrechtliche* Aspekte abgehandelt, die gerade für Praktiker bedeutsam sein dürften.

Eine *einfache Gesellschaft* hatte ein Grundstück gekauft, um dieses zu überbauen und die erstellten Wohnungen anschliessend zu

5 Vgl. ILLARIA IANIERI, Aktivlegitimation einer einfachen Gesellschaft (...), ius.focus 2017, Nr. 262; JÖRG SCHMID, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2016, ZBJV 2017, 807 ff.; CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2016, ZBJV 2018, 339; KARIN MÜLLER/SIMON LEU, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts im Gesellschaftsrecht – Teil 2, Jusletter vom 7. Mai 2018, Rz. 39 ff.; MICHEL HEINZMANN *et al.*, Zivilprozessrecht und SchKG, BR 2017, 187 ff., Rz. 502; Leitsätze von Gerichtsentscheidungen zum Zivilprozessrecht und zum SchKG (...), ZZZ 2016, 345 f.

6 Deutsche Übersetzung: Pra 2018, Nr. 46.

7 BGE 142 III 783 Erw. 3.1.1.

verkaufen. Gegen zwei nach kantonalem Recht erforderliche Veräusserungsbewilligungen erhob eine Drittperson (X.) Rekurs, der aber von den kantonalen Gerichten abgewiesen wurde.⁸ Während des Rekursverfahrens trat eine Gesellschafterin (B.) ihre Rechte an den zwei streitgegenständlichen Wohnungen an eine AG (G. AG) ab.⁹ Nach Abschluss des kantonalen Verfahrens erhoben die ursprünglichen einfachen Gesellschafter, darunter B., gegen X. eine *Klage auf Schadenersatz*, weil sie während dem Verfahren die Wohnungen nicht veräussern konnten.¹⁰

An der *erstinstanzlichen* Verhandlung erklärten die einfachen Gesellschafter, die G. AG trete anstelle von B. in den Prozess ein. X. widersetzte sich diesem Parteiwechsel.¹¹ Das Verfahren wurde anschliessend auf die Frage der *notwendigen Streitgenossenschaft* reduziert, und in dieser Form gelangte es auch vor das Bundesgericht.¹²

Das *Bundesgericht* hielt vorab fest, dass der einfachen Gesellschaft keine Rechtspersönlichkeit zukomme, diese daher *weder parteinoch prozessfähig* sei.¹³ Die einfachen Gesellschafter müssten als notwendige Streitgenossen handeln, insbesondere auch bei der Einleitung eines Verfahrens.¹⁴ Das Schlichtungsgesuch bzw. die Klage müsse von *allen einfachen Gesellschaftern* eingereicht werden, wobei alle namentlich zu nennen seien. Die Nennung der einfachen Gesellschaft an sich sei ungenügend.¹⁵ Werde eine Klage nicht von allen einfachen Gesellschaftern, die nur gemeinsam als notwendige Streitgenossen handeln könnten, eingereicht, sei die Klage *mangels Aktivlegitimation* abzuweisen.¹⁶

Entgegen der Auffassung der einfachen Gesellschafter sah das Bundesgericht in der Tatsache, dass anstelle der G. AG sich ursprünglich B. am Prozess beteiligte, keine ungenaue Parteibezeichnung, die der Richter von Amtes wegen hätte korrigieren können. Die *ungenau*

8 Urteil 4A_357/2016 vom 8. November 2016: Sachverhalt A.

9 Urteil 4A_357/2016 vom 8. November 2016: Sachverhalt B. a.

10 Urteil 4A_357/2016 vom 8. November 2016: Sachverhalt B. a.

11 Urteil 4A_357/2016 vom 8. November 2016: Sachverhalt B. a.

12 Urteil 4A_357/2016 vom 8. November 2016: Sachverhalt B. a. (sowie BGE 142 III 783 Erw. 3).

13 BGE 142 III 783 Erw. 3.1.1.

14 BGE 142 III 783 Erw. 3.1.2.

15 BGE 142 III 785 Erw. 3.1.3.

16 BGE 142 III 786 Erw. 3.1.4.

Parteibezeichnung und die *fehlende Sachlegitimation* müssten sauber auseinander gehalten werden: Fehle es an der Sachlegitimation, weil nicht der Inhaber eines Rechts klage oder der Verpflichtete eingeklagt werde, führe dies zur *Abweisung der Klage*, und der Fehler könne nicht über eine angeblich ungenaue Parteibezeichnung berichtigt werden.¹⁷

Zu demselben Ergebnis gelangte das Bundesgericht auch, als es das Vorliegen eines *Parteiwechsels gemäss Art. 83 ZPO* in Erwägung zog, zumal ein Parteiwechsel ohne Veräusserung des Streitobjekts nur mit Zustimmung der Gegenpartei möglich ist. Im Übrigen stelle das Institut des Parteiwechsels kein Mittel für den Kläger dar, seine Fehler bei der Bezeichnung der Aktiv- oder Passivlegitimation zu korrigieren.¹⁸

- b) *Urteil 4A_245/2016 vom 19. Dezember 2016 (französisch).*¹⁹
Recht der einfachen Gesellschaft: Mehrwert eines Gesellschaftersbeitrags («quoad sortem») bei Auflösung der Gesellschaft

Im konkreten Fall ging es um eine *einfache Gesellschaft*, bestehend aus den einfachen Gesellschaftern X. und Z. Die einfache Gesellschaft hatte den Zweck, auf zwei Parzellen, die X. und seiner Ehefrau gehörten, Liegenschaften zu errichten sowie anschliessend zu verkaufen. X. brachte diese Parzellen zur Überbauung ein (sc. *Einbringung zur Verfügung* bzw. «quoad sortem»), und als die Gesellschaft aufgelöst wurde, verlangte Z. von ihm seinen *Anteil am Gewinn*, der ihm aufgrund des Verkaufs einer der Parzellen zustehe.²⁰

Das Bundesgericht erinnerte daran, dass gemäss Art. 548 Abs. 1/ Abs. 2 OR die Sachen, die ein Gesellschafter zu *Eigentum einbringt* («quoad dominium»), bei der Auflösung der einfachen Gesellschaft nicht an diesen zurückfallen. Der einbringende Gesellschafter erwerbe einen *Anspruch auf den Wert*, für den die Sachen übernommen werden.²¹

17 BGE 142 III 787 f. Erw. 3.2.2.

18 BGE 142 III 788 Erw. 3.2.2.

19 Vgl. MÜLLER/LEU (Fn. 5) Rz. 68 ff.; ROLF SETHE/MELTEM CETINKAYA, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht (...), SJZ 2017, 526.

20 Urteil 4A_245/2016 vom 19. Dezember 2016: Sachverhalt A.

21 Urteil 4A_245/2016 vom 19. Dezember 2016: Erw. 3.

Diese Regelung gelte indes nicht, wenn ein Gesellschafter der Gesellschaft ein Grundstück zur *Realisierung eines Bauprojekts überlassen* habe und er weiterhin alleiniger Eigentümer des Grundstücks geblieben sei.²² Während der Dauer der Gesellschaft fand eine *Wertsteigerung* der eingebrachten Parzellen statt, wobei dies auf von Z. vorgenommene Tätigkeiten zurückgeführt werden konnte. Das Gericht hielt fest, dass der *Mehrwert* nicht nur den Ehegatten X., sondern ebenfalls dem Gesellschafter Z. zustehe.²³

Wird die einfache Gesellschaft aufgelöst und liquidiert, bleibt der Gesellschafter, der die Sache lediglich *zur Verfügung der Gesellschaft* eingebracht hat, *Eigentümer* der eingebrachten Sache, die bei der Liquidation an ihn zurückfällt. Hat sich allerdings der Wert dieser Sache während der Dauer und aufgrund von Tätigkeiten der Gesellschaft erhöht, kommt dieser *Wertzuwachs* bei Auflösung der Gesellschaft *allen Gesellschaftern* zugute.

- c) *BGE 143 III 480 (Urteil 4A_42/2017 vom 27. Juni 2017).*²⁴
Recht der einfachen Gesellschaft: Übermass der Bindung eines ABV (Art. 27 Abs. 2 ZGB)

Das Bundesgericht hatte sich mit der Frage zu befassen, wann ein *Aktionärbindungsvertrag (ABV) übermässig bindend* gemäss Art. 27 ZGB ist. Der konkret infrage stehende Vertrag sah u. a. ein Vorkaufsrecht, einen Anspruch der Gründungsmitglieder auf ein Ver-

22 Urteil 4A_245/2016 vom 19. Dezember 2016: Erw. 3.

23 Urteil 4A_245/2016 vom 19. Dezember 2016: Erw. 3.

24 Vgl. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, ZBJV 2018, 397 f.; URS P. GNOS/DOMINIK HOHLER/FABIENNE ANNER, Gesellschaftsrecht – Entwicklungen 2017 (Bern 2018) 19 ff.; MÜLLER/LEU (Fn. 5) Rz. 1 ff.; PATRICIA REICHMUTH/HANS CASPAR VON DER CRONE, Übermässige Bindung im Aktionärbindungsvertrag, SZW 2017, 703 ff.; JÖRG SCHMID/CÉLINE BUSSMANN, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, ZBJV 2018, 746 ff.; MONA STEPHENSON, Résilier une convention d'actionnaires, EF 2019, 55 f.; WALTER A. STOFFEL/ARNAUD CONSTANTIN, Le droit des sociétés 2017/2018, SZW 2018, 289 f.; MARKUS VISCHER, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_45/2017 vom 27.6.2017 (...), AJP 2017, 1129 ff.; Zusammenfassung: MATTHIEU BLANC, Chronique de jurisprudence en matière de droit des sociétés (...), Not@lex 2017, 121; JACQUES DE WERRA, Droit des contrats: Partie générale et contrats spéciaux JdT 2018 II, 255 ff.; ULYSSE DU PASQUIER/OLIVIER HARI/QUENTIN HEROLD, Droit des sociétés en 2017, REPRAX 3/2018, 95; SETHE/CETINKAYA (Fn. 19) 525 f.

waltungsratsmandat und eine Klausel vor, die einer Partei (B.) das Recht einräumte, ab einem gewissen Betrag am Lohn bzw. den Lohn-erhöhungen einer anderen Partei (A.) zu partizipieren. Für den Fall der Verletzung des ABV wurde eine Konventionalstrafe vereinbart. Der Vertrag wurde «unkündbar und auf unbestimmte Dauer» abgeschlossen und war bei einer Weitergabe der Aktien auf den Erwerber zu übertragen.²⁵

Das Gericht hielt fest, dass es sich bei der Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht um einen Anwendungsfall der «Kündigung aus wichtigem Grund» handle. Die übermässige Bindung im Rahmen von Art. 27 Abs. 2 ZGB ergebe sich aus der Vertragsgestaltung (inklusive Bindungsdauer). Daraus folge indes *keine Nichtigkeit* des Vertrags, sondern die zu schützende Person erhalte «vielmehr eine ‹Einrede› (im untechnischen Sinne)»,²⁶ die Vertragserfüllung zu verweigern, ohne Kündigung oder Klage gemäss Art. 545 Abs. 1 OR.

Eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit liege vor, «wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind».²⁷ Art. 27 Abs. 2 ZGB schütze vor übermässiger Bindung, nicht vor langer Vertragsdauer,²⁸ wobei die *tatsächlichen Verhältnisse* im Zeitpunkt der *Geltendmachung* der übermässigen Bindung massgebend seien.²⁹

Im Zusammenhang mit ABV heisse dies, dass durchaus auch eine *lange Vertragsdauer* zulässig ist, wenn sie an die «Aktionärseigenschaft gekoppelt» ist und diese Stellung zu fairen, nicht erheblich erschwerten Bedingungen aufgegeben werden kann; eine übermässige Bindung könne hingegen bestehen, «wenn diese im Rahmen einer *Nachfolgeregelung* die gesamte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit einer Vertragspartei betrifft und damit zugleich auch in deren *persönliches Betätigungsfeld* eingreift (...)».³⁰

25 Sachverhalt: BGE 143 III 481.

26 BGE 143 III 486 Erw. 4.2 a. E.

27 BGE 143 III 489 f. Erw. 5.4.

28 BGE 143 III 489 Erw. 5.4.

29 BGE 143 III 488 Erw. 5.

30 BGE 143 III 491 Erw. 5.6.2; Hervorhebungen im Original.

Während das Bundesgericht die einzelnen Pflichten aus dem Vertrag isoliert nicht als problematisch ansah, veränderte sich dies mit Blick auf eine *potenzielle Nachfolgeregelung* (konkret wollte A. seine Aktien mittelfristig an seine beiden Söhne übertragen und sich altershalber aus der Gesellschaft zurückziehen): Die einzelnen Pflichten – primär das Vorkaufsrecht und die Lohnbeteiligung von B., aber auch der Anspruch von B., der im Geschäft der AG keinerlei operative Aufgaben wahrnahm, auf ein Verwaltungsratsmandat – kombiniert erschwerten die Unternehmensnachfolge so stark, dass die wirtschaftliche Freiheit von A. dadurch *übermässig eingeschränkt* wurde.

- d) *Urteil 5A_392/2017 vom 24. August 2017.*³¹
*Recht der einfachen Gesellschaft: Umwandlung einer
Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft*

Im Hinblick auf Fragen zur örtlichen Zuständigkeit war im konkreten Fall das *Vertragsverhältnis zwischen vier Erben* in Bezug auf ein Bankkonto, das sie gemeinsam eröffnet und auf dem sie Rückstellungen (betreffend mögliche Schulden) für die *Nachlassabwicklung* gebildet hatten, zu qualifizieren.³² Das Bundesgericht führte hierzu aus, dass «[d]ie Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft (...) nur angenommen werden [kann], wenn klar feststeht, dass die Betroffenen die fortgesetzte Erbengemeinschaft aufheben und als einfache Gesellschaft weiterführen wollen».³³

Sollten ausdrückliche Willenserklärungen der Erben fehlen, müsse zur Einigung auf einen gemeinsamen Zweck eine *rechtsgeschäftliche Förderungspflicht* hinzukommen. Da bereits eine gesetzliche Bindung unter den Erben bestehe, dürfe nicht allein aus der Tatsache ihres Zusammenwirkens und der Bedeutung des Projekts auf eine rechtsgeschäftliche Bindung geschlossen werden. Hinzukommen müsse vielmehr eine die einfache Gesellschaft *kennzeichnende, über die Erbengemeinschaft hinausgehende* und sich von ihr unterscheidende Beziehung. Eine Zweckänderung, also von der blossen Liqui-

31 Vgl. MARTINA BOSSHARDT/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Rechtsprechungspanorama Erbrecht, AJP 2018, 514 ff.; MÜLLER/LEU (Fn. 5) Rz. 90 ff.; Zusammenfassung: TARKAN GÖKSU, Prozessrechtliche Rechtsprechung (...), successio 2018, 313; SETHE/CETINKAYA (Fn. 19) 499.

32 Urteil 5A_392/2017 vom 24. August 2017: Erw. 2.

33 Urteil 5A_392/2017 vom 24. August 2017: Erw. 2.2.

dation hin zu einem weitergehenden Zweck, müsse von *allen Erben gewollt* sein.³⁴

Entscheidend für die Frage, ob eine einfache Gesellschaft vorliege, seien der Parteiwille, die äusseren Umstände und die Verhaltensweisen, die rechtlich auf eine Vertragsbindung schliessen lassen. Solange *Nachlassgegenstände unverteilt* geblieben sind (im konkreten Fall befanden sich auf dem erwähnten Bankkonto noch Rückstellungen in sechsstelliger Höhe), bestehe eine *natürliche Vermutung gegen* die vollständige Teilung der Erbschaft bzw. die Auflösung der Erbengemeinschaft. Vielmehr indiziere, so das Bundesgericht, eine solche Ausgangslage die *Fortsetzung* der Erbengemeinschaft.³⁵

2. Aktienrecht

2.1. Übertragung von Aktien

- e) *Urteil 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016 (französisch).*³⁶
Aktienrecht: Übertragung von Aktien auf Grundlage eines GV-Protokolls

Eine regelmässige *Prüfungsfrage für Jus-Studierende* lautet: Wie werden *Aktien derivativ* erworben? Die Studierenden werden dahin getrimmt, insbesondere klar zwischen den Verpflichtungsgeschäften sowie den Verfügungsgeschäften zu unterscheiden (und die Thematik der Eintragung im Aktienregister nicht zu vergessen). Die *praktische Bedeutung* der Fragestellung wird aus dem anzuzeigenden Urteil des Bundesgerichts ersichtlich.

C. war ursprünglich Alleinaktionär der A. SA, die über ein Aktienkapital von CHF 100 000.– verfügte, das später auf CHF 500 000.– erhöht wurde (sc. 500 Inhaberaktien mit einem Nominalwert von je

34 Zum Ganzen: Urteil 5A_392/2017 vom 24. August 2017: Erw. 2.2.

35 Urteil 5A_392/2017 vom 24. August 2017: Erw. 3.1.

36 Vgl. ALEXANDRE BOTH, Conditions de validité du transfert d'actions par cession en la forme d'un procès-verbal, GesKR 2016, 242 ff.; LUKAS GLANZMANN/MANUEL MEYER, Teil 1 Gesellschaftsrecht, in: Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2016/2017 (Zürich 2017) 20 f.; OLIVIER HARI, Droit des sociétés en 2016 (...), REPRAX 2/2017, 62; KARIN MÜLLER/ALICE KÄCH/SIMON LEU, Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht der Jahre 2015/2016 in Kürze, Jusletter vom 20. Februar 2017, Rz. 259 ff.; Zusammenfassung: STOFFEL/CONSTANTIN (Fn. 24) 367.

CHF 1000.–). Die Aktien der Gesellschaft waren *weder als Wertpapiere noch als Bucheffekten* ausgestaltet.³⁷

In einem *GV-Protokoll* wurde im Jahr 2007 festgehalten, dass die Ehefrau von C., nämlich B., als Delegierte des VR eingesetzt werde und 20% der Aktien halte; das Protokoll wurde von C. als Verwaltungsratspräsident sowie von B. als Protokollführerin unterzeichnet und zur Eintragung der Geschäftsführungsbefugnis von B. dem Handelsregister als Beleg eingereicht. Ein Jahr später wurde im nächsten *GV-Protokoll* festgehalten, dass C. und B. nunmehr je 250 Aktien der A. SA halten; unterzeichnet wurde dieses Protokoll wiederum von C. als VRP und von B. als Delegierter.³⁸

Es kam, wie es kommen musste, zum *Streit des Ehepaars*, und B. beantragte im Jahr 2012 Eheschutzmassnahmen.³⁹ Nur einige Tage später berief C. eine *Universalversammlung* ein, an der er als «Tagespräsident» und sein Sohn als Sekretär teilnahmen. Nachdem festgestellt worden war, dass *sämtliche Aktien vertreten* waren, wurden verschiedene GV-Beschlüsse gefasst, insbesondere dass B. nach Ablauf ihrer Amtsdauer nicht mehr als Delegierte wiedergewählt sei; B. war weder anwesend noch eingeladen (oder auch nur darüber informiert). Gestützt auf das *Protokoll der Universalversammlung* wurde B. in der Folge als Delegierte aus dem Handelsregister gelöscht.⁴⁰

B. klagte anschliessend auf Feststellung der *Nichtigkeit* der Beschlüsse der Universalversammlung, da die von ihr gehaltenen Aktien nicht vertreten gewesen seien. Die Klage wurde sowohl in erster wie auch in zweiter Instanz gutgeheissen, und die A. SA gelangte schliesslich an das Bundesgericht.⁴¹

Bestritten war vor Bundesgericht die *Aktionärseigenschaft von B.* und damit ihre Legitimation zur Klage. Da dies eine doppelrelevante Tatsache darstellte, trat das Bundesgericht auf die Klage ein.⁴² B. begründete ihre Aktionärsstellung mit den verschiedenen *GV-Protokollen*, die vor der Universalversammlung angefertigt worden waren und sie als Aktionärin ausweisen würden; die *Übertragung*

37 Urteil 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016: Sachverhalt A. a.

38 Urteil 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016: Sachverhalt A. b.

39 Urteil 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016: Sachverhalt A. d.

40 Urteil 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016: Sachverhalt A. e.

41 Urteil 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016: Sachverhalt B.

42 Urteil 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016: Erw. 2.3.

unverbriefter Aktien folge den Regeln der Forderungsabtretung.⁴³ Das Gericht hatte im Wesentlichen zu entscheiden, ob die Protokolle der GV die *Formerfordernisse von Zessionen* erfüllten.⁴⁴

Art. 165 Abs. 1 OR setzt für die Gültigkeit einer Zession die *Schriftlichkeit* voraus, wobei sich diese auf alle wesentlichen Punkte des Abtretungsvertrags bezieht. Der Abtretungswille müsse durch den Abtretenden nicht ausdrücklich geäußert werden, d. h. es reiche aus, wenn sich dieser Wille nach *Treu und Glauben* aus der *Abtretungsurkunde* ableiten lasse.⁴⁵

Das Gericht kam zum Schluss, dass diese Voraussetzung erfüllt war, da aus den *Protokollen der GV* hervorgehe, dass B. eine Aktionärin sei. Dass C. die Protokolle in seiner Funktion als VRP unterzeichnet habe, zeige implizit seinen *Willen*, einen Teil *seiner Aktien auf B. zu übertragen*. Die Vorschriften zur Aktienübertragung waren deshalb erfüllt, und B. galt als Aktionärin, sodass sich die Beschwerde der A. SA als unbegründet erwies.⁴⁶

2.2. Eintragung einer Kollektivzeichnungsberechtigung im Handelsregister

- f) *BGE 142 III 204 (Urteil 4A_536/2015 vom 3. März 2016).*⁴⁷
Aktien-/Handelsregisterrecht: HR-Eintragung einer Kollektivunterschrift, die zur kollektiven Unterzeichnung mit namentlich genannten Personen befugt

Die A. AG meldete dem Handelsregisteramt des Kantons Zug im Jahr 2015 fünf *neue Zeichnungsberechtigungen* an, und zwar jeweils nach dem Schema «B. (...), mit Kollektivunterschrift zu zweien mit C. oder D. oder E.». Das HR wies das Begehren ab und *verweigerte die Eintragung solcher personalisierten Zeichnungsberechtigungen*.

43 Urteil 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016: Erw. 3.

44 Urteil 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016: Erw. 4.

45 Urteil 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016: Erw. 4.1.

46 Urteil 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016: Erw. 4.3.

47 Vgl. BLANC (Fn. 24) 112 f.; GLANZMANN/MEYER (Fn. 36) 32 f.; URS P. GNOS/DOMINIK HOHLER, Gesellschaftsrecht (...), (Bern 2017) 119 f.; HARI (Fn. 36) 70; MÜLLER/KÄCH/LEU (Fn. 36) Rz. 210 ff.; Zusammenfassung: ROLF SETHE/CARLO EGLE, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht (...), SZW 2016, 495; STOFFEL/CONSTANTIN (Fn. 24) 367; HANS CASPAR VON DER CRONE/PATRICIA REICHMUTH, Aktuelle Rechtsprechung zum Aktienrecht, SZW 2018, 426.

gungen. Die A. AG erhob Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug, das die Beschwerde abwies,⁴⁸ woraufhin die A. AG an das Bundesgericht gelangte.

Dieses führte aus, dass der VR die Gesellschaft nach aussen vertrete und – wenn nichts anderes vereinbart sei – jedem Mitglied die Vertretungsbefugnis einzeln zustehe. Eine *Beschränkung der Vertretungsbefugnis* habe *gutgläubigen Dritten* gegenüber keine Wirkung, solange sie nicht im HR eingetragen sei (Art. 718a Abs. 2 OR).⁴⁹ Danach verwies es auf BGE 121 III 368 aus dem Jahr 1995, in dessen Rahmen es sich dazu äusserte, «ob die Präzisierung, dass zwei kollektivzeichnungsberechtigte Verwaltungsratsmitglieder *nicht miteinander*, sondern nur mit je anderen Verwaltungsratsmitgliedern rechtsgültig unterzeichnen dürfen, ins Handelsregister eingetragen werden kann».⁵⁰

Entgegen der Vorinstanz, die aufgrund der Aufhebung von Art. 641 Ziff. 8 aOR folgerte, die frühere Rechtsprechung – nämlich die *Zulässigkeit* von im HR eingetragenen *personalisierten* Zeichnungsberechtigungen – sei nicht mehr anwendbar,⁵¹ führte das Bundesgericht aus, die Überlegungen von BGE 121 III 368 gälten weiterhin.⁵²

Mit der Aufhebung von Art. 641 Ziff. 8 aOR und der Revision der Handelsregisterverordnung wurde nicht auf die Übernahme des Regelungsgehalts der aufgehobenen Bestimmung verzichtet. Die Verordnung sähe nicht nur vor, dass die «Mitglieder des Verwaltungsrates» (Art. 45 Abs. 1 lit. n HRegV), sondern auch die «Art der Zeichnungsberechtigung» (Art. 119 Abs. 1 lit. g HRegV) dieser Personen im HR einzutragen seien; dies sei im Ergebnis nichts anderes als die «Art der Ausübung der Vertretung», wie sie Art. 641 Ziff. 8 aOR vorgesehen habe. Von einem offensichtlichen Verzicht auf die Übernahme des Regelungsgehalts von dieser Bestimmung könne keine Rede sein.⁵³

48 Sachverhalt: BGE 142 III 204 f.

49 BGE 142 III 206 Erw. 2.1.

50 BGE 142 III 206 Erw. 2.1; Hervorhebungen im Original.

51 BGE 142 III 207 Erw. 2.2.

52 BGE 142 III 208 Erw. 2.3.1.

53 BGE 142 III 209 Erw. 2.3.2.

Mit gutem Grund – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Rechtssicherheit – nahm das Bundesgericht *keine Praxisänderung ohne Not* vor. Die Beibehaltung der langjährigen und bewährten Handelsregisterpraxis deckt sich im Übrigen mit der *einhelligen Lehre* zur neuen HRegV und zu Art. 718a OR, wonach «bei Kollektivunterschriften die zur gemeinsamen Unterzeichnung befugten Personen namentlich bezeichnet werden können».⁵⁴

2.3. Organisation der Gesellschaft

- g) *BGE 143 III 120 (Urteil 4A_579/2016 vom 28. Februar 2017)*.⁵⁵

Aktienrecht: Stichentscheid des VRP und Gebot der schonenden Rechtsausübung

Das Aktienrecht sieht *keinen legislativen Stichentscheid* in der GV vor. Ungeachtet dessen hat sich eine Bundesgerichtspraxis entwickelt, wonach immerhin ein *statutarischer Stichentscheid* möglich sei (BGE 95 II 555). Im vorliegenden Bundesgerichtsurteil war die Frage zu beantworten, ob es bei einer Gesellschaft mit *Stimmrechtsaktien* zulässig sei, dem VRP bei der Wahl der Revisionsstelle den Stichentscheid einzuräumen.

Das Aktionariat bestand aus zwei Gruppen, nämlich C. B. und D. B. einerseits sowie E. B. andererseits. Die AG verfügte über *Stimmrechtsaktien* (und Stammaktien), wobei das Kapital so verteilt war, dass die beiden Aktionärsgruppen jeweils die Hälfte davon auf sich vereinigten. Aufgrund der Stimmrechtsaktien vertraten aber C. B. und D. B. genügend Stimmen, um GV-Beschlüsse, bei denen die Stimm-

⁵⁴ BGE 142 III 209 Erw. 2.3.3.

⁵⁵ Vgl. MERENS CAHANNES/HANS CASPAR VON DER CRONE, Der Stichentscheid in der Generalversammlung (...), SZW 2017, 381 ff.; DU PASQUIER/HARI/HEROLD (Fn. 24) 97 f.; GNOS/HOHLER/ANNER (Fn. 24) 37 f.; KARIN MÜLLER/SIMON LEU, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts im Gesellschaftsrecht – Teil 1, Jusletter vom 30. April 2018, Rz. 1 ff.; ANDREAS SCHNEUWLY/MEINRAD VETTER, Der Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung ist unzulässig, GesKR 2017, 266 ff.; SETHE/CETINKAYA (Fn. 19) 523 f.; MARKUS VISCHER, Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids (...), GesKR 2017, 81 ff.; STEPHAN WERLEN/PASCAL STOCKER, Stichentscheid in der Generalversammlung (...), GesKR 2017, 361 ff.; PASCAL ZYSSET/DARIO GALLI, Los- oder Stichentscheid? (...), recht 2017, 125 ff.

rechtsaktien voll stimmberechtigt waren, gegen den Willen von E. B. fassen zu können.⁵⁶

An einer GV sollte die *Revisionsstelle* wiedergewählt werden. Dies geschah nicht, weil C. B. und D. B. zwar für deren Wahl, E. B. aber dagegen stimmte,⁵⁷ sodass *keine Revisionsstelle* gewählt wurde.⁵⁸ Der VR berief in der Folge eine neue GV ein, an der die Wiederwahl der bisherigen Revisionsstelle traktandiert wurde; zudem sollten die *Statuten geändert* werden, sodass bei Stimmengleichheit sowohl bei Wahlen als auch bei Sachfragen der VRP mit *Stichentscheid* entscheide (bisher war statutarisch festgehalten, dass bei Stimmengleichheit bei Wahlen das Los entscheidet). C. B. und D. B. stimmten – anders als E. B. – sowohl der Wiederwahl der Revisionsstelle als auch der Statutenänderung zu; die *Wiederwahl der Revisionsstelle* erfolgte mit *Stichentscheid* des VRP.⁵⁹

Das Bundesgericht hielt fest, dass bei der *Wahl der Revisionsstelle* die Bemessung des Stimmrechts nach der Anzahl der gehaltenen Aktienstimmen unzulässig sei, die Stimmkraft bemesse sich vielmehr nach dem Nennwert der Aktien, sodass die *Kapitalmehrheit* entscheide.⁶⁰ Die Statuten könnten dem Vorsitzenden der GV zwar grundsätzlich den *Stichentscheid* für den Fall der Stimmengleichheit verleihen. Der GV-Vorsitzende sei – wie im vorliegenden Fall – häufig der VRP. Der VR und zumindest indirekt auch dessen Präsident würden von der GV gewählt; für diese Wahl sei grundsätzlich die Mehrheit der Aktienstimmen und nicht die Mehrheit des Kapitals notwendig:

«Dass aber eine mit der Stimmenmehrheit und dem entsprechenden *Übergewicht der Stimmrechtsaktien* gewählte Person durch *Stichentscheid* über die Wahl der Revisionsstelle entscheiden kann, ist mit Art. 693 Abs. 3 OR nicht vereinbar. Denn für die Wahl der Revisionsstelle ist der Grundsatz der kapitalmässigen Bemessung des Stimmrechts nach Art. 693 Abs. 3 OR zwingend».⁶¹ Die Wahl der

56 Sachverhalt: BGE 143 III 121.

57 Bei der *Wahl der Revisionsstelle* werden *Stimmrechtsaktien* nicht berücksichtigt, d. h., die Wahl erfolgt nach Massgabe der Mehrheit des vertretenen Kapitals: Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR.

58 Sachverhalt: BGE 143 III 121 f.

59 Sachverhalt: BGE 143 III 122.

60 BGE 143 III 123 Erw. 3.1.

61 BGE 143 III 124 Erw. 3.2; Hervorhebungen hinzugefügt.

Revisionsstelle war dementsprechend *nicht rechtswirksam* als Folge des Stichentscheids des VRP.⁶²

Generell wurde festgehalten, dass ein Stichentscheid keine prinzipiellen Vorteile gegenüber einem *Losentscheid* habe.⁶³ Die AG bringe zudem keine stichhaltigen Gründe für die Statutenrevision vor, vielmehr sei offensichtlich, «dass es der [Gesellschaft] mit der Änderung (...) der Statuten darum ging, die von [E. B.] anlässlich der vorangegangenen Generalversammlung praktizierte Opposition gegen die Wahl der Revisionsstelle zu beenden».⁶⁴ Das Gericht sah deshalb das *Gebot der schonenden Rechtsausübung* verletzt.⁶⁵

2.4. Verantwortlichkeit

h) Urteil 4A_518/2015 vom 3. März 2016.⁶⁶

Aktienrecht: Einrede «volenti non fit iniuria» und Rechtsmissbrauch

Dieses Urteil befasste sich mit einer *Verantwortlichkeitsklage* der A. AG, deren Aktien sich zu 100% im Besitz ihrer Muttergesellschaft E. befanden. Die A. AG besass ihrerseits sämtliche Aktien der F. AG (seit Oktober 2010 in Liquidation). Eingeklagt wurden B. und C.: B. amtierte u. a. als VRP der A. AG und als Mitglied des VR der F. AG, C. war Vizepräsidentin des VR der A. AG.⁶⁷ Es handelte sich also um eine *Gesellschaftsklage* gegen *ehemalige Organe* dieser Unternehmung.

Am 15. Oktober 2009 hatte der VR der A. AG beschlossen, der F. AG ein Darlehen im Betrag von CHF 2 000 000.– zu gewähren. Am 30. Dezember 2009 zahlte die A. AG das Darlehen, das mit einem bedingten Forderungsverzicht verbunden war, an die F. AG aus.⁶⁸ Am 15. März 2010 wurde B. von der GV der A. AG aus dem VR abberufen, und am 7. April 2010 wiederholte sich dies bei der F. AG. C. trat

62 BGE 143 III 124 Erw. 3.3.

63 BGE 143 III 125 f. Erw. 4.4.

64 BGE 143 III 125 Erw. 4.2.

65 BGE 143 III 126 Erw. 4.5.

66 Vgl. GNOS/HOHLER (Fn. 47) 129 ff.; MÜLLER/KÄCH/LEU (Fn. 36) Rz. 123 f.; Zusammenfassung: STOFFEL/CONSTANTIN (Fn. 24) 369 f.

67 Urteil 4A_518/2015 vom 3. März 2016: Sachverhalt A.

68 Urteil 4A_518/2015 vom 3. März 2016: Sachverhalt A. b.

im März 2010 aus dem VR der A. AG zurück. Über die F. AG wurde am 1. Oktober 2010 der Konkurs eröffnet.

Die A. AG verlangte vor dem Handelsgericht Zürich – das die Klage abwies – und vor Bundesgericht, B. und C. seien solidarisch dazu zu verpflichten, den als Darlehen gewährten Betrag an die A. AG zurückzubezahlen; B. und C. hätten mit der Darlehensgewährung an die marode F. AG gegen ihre *Sorgfalts- und Treuepflichten* verstossen.

Das Bundesgericht führte aus, dass sich eine Organperson von ihrer Haftung gegenüber der Gesellschaft insbesondere dann befreien könne, wenn sie nachweise, dass sie mit dem *Einverständnis des Geschädigten* gehandelt habe (Einrede «volenti non fit iniuria»), d. h. wenn sie etwa im ausdrücklichen oder stillschweigenden *Einverständnis aller Aktionäre* gehandelt habe. Ebenfalls ausser Betracht falle ein Ersatzanspruch der Gesellschaft, wenn die GV den handelnden Organen die *Décharge* erteilt hat; analog entfalle eine Haftung, wenn die Gesellschaft bzw. deren Alleinaktionär *in Kenntnis* der Verhältnisse die Organhandlungen toleriert habe, die eine Verantwortlichkeit begründen könnten.⁶⁹ «Eine Gesellschaft, die eine Verletzung von Vorschriften toleriert hat, kann sich nicht später auf die Verletzung ebendieser Vorschriften berufen. Einer solchen Gesellschaftsklage läge ein widersprüchliches Verhalten zugrunde, das keinen Rechtsschutz verdient (Art. 2 Abs. 2 ZGB [...]).»⁷⁰

In *konzernrechtlicher* Hinsicht hielt das Gericht fest, dass die Darlehensgewährung einer Untergesellschaft an eine andere Konzerngesellschaft keine Verantwortlichkeit der Organe der darlehensgewährenden Gesellschaft begründe, wenn die Vergabe der Geschäftspolitik der Muttergesellschaft entspreche, selbst dann nicht, wenn die Konzernobergesellschaft vom konkreten Geschäft keine Kenntnis hatte.⁷¹ B. war sowohl Organ der Konzernmutter und der darlehensgebenden Tochter als auch der darlehensnehmenden Konzerngesellschaft; sofern kein Interessenkonflikt bestehe, der über die von der Konzernmutter gewollte *Dreifachorganschaft* hinausgehe, könne daraus *keine Pflichtverletzung* abgeleitet werden.⁷²

69 Urteil 4A_518/2015 vom 3. März 2016: Erw. 3.1.

70 Urteil 4A_518/2015 vom 3. März 2016: Erw. 3.1 a. E.

71 Urteil 4A_518/2015 vom 3. März 2016: Erw. 3.2.1.

72 Urteil 4A_518/2015 vom 3. März 2016: Erw. 3.2.3.

Der Fall betraf eine *Gesellschaftsklage*. Dieselben Überlegungen müssten jedoch ebenfalls zur Anwendung gelangen, wenn es um eine *Gesellschafterklage* oder eine *Gläubigerklage* im Gesellschaftskonkurs ginge. Sollte beispielsweise ein Gesellschaftsgläubiger (z. B. eine sanierende Bank) die *prekäre Unternehmenssituation* gekannt haben, kann er im Konkursfall nicht plötzlich den «Unwissenden» spielen und die eigene Verantwortung der Nichtintervention abschieben – dies wäre schlicht *rechtsmissbräuchlich*.

- i) *Urteil 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016.*⁷³
Aktienrecht: Business Judgment Rule, Beweislast, Décharge und Delegation

Die C. AG erhob gegen ihre ehemaligen VR-Mitglieder (D. als VRP, A., B. und E.) Verantwortlichkeitsklage. Anlässlich der GV im Jahr 2008 war sämtlichen Mitgliedern des VR die *Décharge* erteilt worden.⁷⁴ Die ehemaligen Verwaltungsräte wurden vom Kantonsgericht Schwyz unter solidarischer Haftbarkeit zur Zahlung von Schadenersatz verurteilt.⁷⁵ Gegen das Urteil erhoben A., B. und E.⁷⁶ Beschwerde beim Bundesgericht.⁷⁷

Das Bundesgericht anerkannte einmal mehr die *Business Judgment Rule*, d. h., es wiederholte, dass sich Gerichte bei der nachträglichen Überprüfung von Geschäftsentscheiden, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind, *richterliche Zurückhaltung* auferlegen müssten; sofern diese

⁷³ Vgl. GLANZMANN/MEYER (Fn. 36) 24 f.; MÜLLER/LEU (Fn. 55) Rz. 29 ff.; LEO RUSTERHOLZ/LUKAS HELD, Beweisfragen im Zusammenhang mit der Business Judgment Rule, GesKR 2017, 228 ff.; VON DER CRONE/REICHMUTH (Fn. 47) 423 ff.; Zusammenfassung: ISABELLE CHABLOZ *et al.*, 2. Teil Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht (...), Aktuelle Anwaltspraxis 2017, 312 f.; SETHE/CETINKAYA (Fn. 19) 525.

⁷⁴ Urteil 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016: Erw. 5.3.

⁷⁵ Urteil 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016: Sachverhalt B. a. und B. b.

⁷⁶ D. führte keine Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts, war zum Zeitpunkt des Urteils des Bundesgerichts nicht mehr anwaltlich vertreten und hatte einen unbekannten Aufenthaltsort.

⁷⁷ Urteil 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016: Sachverhalt C.

Voraussetzungen erfüllt sind, überprüfe das Gericht den Entscheid nur darauf, ob er vertretbar sei.⁷⁸ Im konkreten Fall bestanden indes u. a. Interessenkonflikte, es war also ein *mangelhafter Entscheidprozess* gegeben, sodass das Kantonsgericht Schwyz ohne Zurückhaltung prüfen durfte.⁷⁹

Die Beschwerdeführer rügten, das Kantonsgericht habe die Beweislast umgekehrt.⁸⁰ Das Bundesgericht hielt fest, dass die *Beweislast betreffend Pflichtwidrigkeit* bei der Klägerin liege, verbunden mit einer Warnung: «Liegt ein [Interessenkonflikt] vor, ist (...) nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu befürchten, dass beim fraglichen Entscheid nicht die Interessen der Gesellschaft an erster Stelle stehen (...). Aufgrund dessen wird bei nachgewiesenem Interessenkonflikt auf tatsächlicher Ebene ein pflichtwidriges Handeln vermutet».⁸¹

Den Mitgliedern des VR war die *Décharge* erteilt worden, was grundsätzlich bewirkt, dass allfällige Verantwortlichkeitsansprüche untergehen. Allerdings waren die *Aktionäre nicht informiert* über die bestehenden Interessenkonflikte (und mussten diese auch nicht kennen). Der Déchargebeschluss war im Ergebnis also wirkungslos und liess die Verantwortlichkeitsansprüche nicht untergehen.⁸²

Eine haftungsbefreiende Delegation sei schliesslich nicht gegeben, da *kein schriftliches Organisationsreglement* erlassen wurde, was eine Voraussetzung wäre.⁸³ Da keine gültige Delegation der Geschäftsführung vorlag, konnten sich die Beschwerdeführer von vornherein nicht auf die Haftungsbeschränkung von Art. 754 Abs. 2 OR berufen.⁸⁴

78 Urteil 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016: Erw. 5.1.

79 Urteil 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016: Erw. 5.1 a. E.

80 Urteil 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016: Erw. 5.2 a. A.

81 Urteil 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016: Erw. 5.2.

82 Urteil 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016: Erw. 5.3.

83 Urteil 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016: Erw. 5.1.

84 Urteil 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016: Erw. 7.

- j) *Urteil 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017.*⁸⁵
Aktienrecht: Verantwortlichkeitsklage durch Gläubiger
(Art. 757 Abs. 2 OR) nach Löschung der Gesellschaft im HR

Es ging in diesem Fall um eine *Verantwortlichkeitsklage*, die von *Gläubigern* gegen den einzigen (ehemaligen) VR einer konkursierten Gesellschaft erhoben worden war. Der Konkurs wurde *mangels Aktiven eingestellt* und die Gesellschaft *im HR gelöscht* von Amtes wegen.⁸⁶ Rund ein Jahr nach dieser Löschung klagten zwei Gläubiger der Gesellschaft gegen den VR gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR i. V. m. Art. 754 OR.⁸⁷

Das Bundesgericht erinnerte daran, dass es nach Konkurseröffnung in erster Linie Sache der *Konkursverwaltung* sei, Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen; verzichte sie darauf, könnten auch Aktionäre und Gläubiger den *Schaden der Gesellschaft* einklagen. Dann wiederholt es seine «Raschein-Praxis», wonach im Konkurs der Gesellschaft ein sogenannter *Anspruch der Gläubigergesamtheit* entstehe.⁸⁸ Zudem stellte es erneut klar, dass zwischen dem Anspruch, den sich ein Gläubiger oder Aktionär nach Art. 260 SchKG abtreten lässt, und demjenigen, den dieser direkt aus Art. 757 Abs. 1 und 2 OR erhebt, in materiell-rechtlicher Hinsicht kein Unterschied bestehe.⁸⁹

«Der Gesellschaftsgläubiger macht den Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit im Namen der Gläubigergesamtheit geltend, sei es gestützt auf Art. 757 OR oder nach Art. 260 SchKG (...). Er tritt dabei als Prozessstandschafter, d. h. als Partei in eigenem Namen auf und nimmt die verfahrensrechtliche Stellung der Konkursmasse ein; die Masse ist nicht Partei, bleibt aber Rechtsträgerin der (behaupteten) Ansprüche (...).»⁹⁰ Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass mit der *Löschung einer Gesellschaft* aus dem HR deren Rechts-

85 Vgl. GNOS/HOHLER/ANNER, (Fn. 24) 40 ff.; DANIEL JURI, Wiedereintragung einer gelöschten Gesellschaft als Voraussetzung für Verantwortlichkeitsansprüche, ius.focus 2017, Nr. 91; MÜLLER/LEU (Fn. 55) Rz. 62 ff.; Zusammenfassung: DU PASQUIER/HARI/HEROLD (Fn. 24) 96 f.; SETHE/CETINKAYA (Fn. 19) 524 f.; STOFFEL/CONSTANTIN (Fn. 24) 292 f.; GesKR 2017, 234.

86 Urteil 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017: Sachverhalt A.

87 Urteil 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017: Sachverhalt B. a.

88 Der Unterzeichner kritisiert diese *Theorie ohne legislative Basis* bereits seit der Dissertation aus dem Jahr 1991 – bis anhin (noch) ohne Gehör beim Bundesgericht.

89 Urteil 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017: Erw. 2.1.2.

90 Urteil 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017: Erw. 2.1.2 a. E.

persönlichkeit untergehe: «Damit fehlt der Rechtsträger des Verantwortlichkeitsanspruchs auf Ersatz des Gesellschaftsschadens und es stellt sich die Frage, ob dieser von den Gesellschaftsgläubigern dennoch gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR geltend gemacht werden kann».⁹¹ Ein Gesellschaftsgläubiger, der den Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gestützt auf Art. 757 OR für die Gläubigersamtheit geltend mache, trete ausschliesslich als «*Prozessstandschafter*» auf.⁹²

Das Gericht kam zum Schluss, dass sich die Gesellschaftsgläubiger grundsätzlich auch dann noch auf Art. 757 Abs. 2 OR berufen könnten, wenn ein *Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt* worden sei:

Ein Konkurs könne wiedereröffnet werden, wenn nachträglich noch zur Masse gehörendes Vermögen der Gesellschaft entdeckt werde. Vorausgesetzt sei jedoch, dass der Gesellschaftsgläubiger die *Wiedereintragung der AG im HR* verlange. Damit werde der Rechtsträger des Verantwortlichkeitsanspruchs wieder konstituiert und dem Gläubiger ermöglicht, zunächst eine Kollokation seiner Forderung zu erwirken, und anschliessend könne er eine Abtretung nach Art. 260 SchKG verlangen oder den Anspruch auf Ersatz seines mittelbaren Gläubigerschadens gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR geltend machen.⁹³

2.5. Konkursverschleppungsschaden

- k) Urteil 4A_270/2016 vom 7. Oktober 2016 (französisch).⁹⁴
Aktienrecht: Werte zur Berechnung eines Konkursverschleppungsschadens

Das Bundesgericht hat sich in jüngerer Vergangenheit immer wieder mit dem sogenannten *Konkursverschleppungsschaden* be-

91 Urteil 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017: Erw. 2.1.3.

92 Urteil 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017: Erw. 2.3.

93 Urteil 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017: Erw. 2.1.3.

94 Vgl. BLANC (Fn. 24) 113; GNOS/HOHLER (Fn. 47) 120 f.; HARI (Fn. 36) 63 f.; MÜLLER/LEU (Fn. 55) Rz. 116 ff.; CHRISTIAN STÄHLE, Konkursverschleppungsschaden (...), ius.focus 2016, Nr. 315; WALTER STOFFEL, Leuchttürme oder Untiefen? Neue Rechtsprechung zu Pattsituationen und verspäteter Bilanzhinterlegung, SZW 2017, 657 ff.; Zusammenfassung: GLANZMANN/MEYER (Fn. 36) 23; SETHE/CETINKAYA (Fn. 19) 525; STOFFEL/CONSTANTIN (Fn. 24) 370 f.

schäftigt. Mit dem vorliegenden Entscheid bestätigte das Gericht seine bisherige Rechtsprechung und brachte *zwei Präzisierungen* an:

Das Bundesgericht rief erneut in Erinnerung, dass der Konkursverschleppungsschaden in der *Zunahme der Überschuldung* zwischen dem Moment, in dem der Konkurs eröffnet worden wäre, wenn der VR seine Pflichten nicht verletzt hätte, und demjenigen, in dem der Konkurs tatsächlich eröffnet worden ist, bestehe.⁹⁵

Dieser *erste Zeitpunkt* decke sich weder mit dem Zeitpunkt, an dem tatsächlich eine Überschuldung eingetreten sei, noch mit dem Datum allfälliger Zwischenbilanzen oder dem Zeitpunkt, ab dem der VR begründete Besorgnis einer Überschuldung hätte haben müssen.⁹⁶ Immerhin sei der massgebliche Zeitpunkt für die hypothetische Konkurseröffnung ausgehend von diesem letztgenannten Zeitpunkt, in dem der VR begründete Besorgnis einer Überschuldung hätte haben müssen, zu berechnen.

Dem VR sei ausserdem zugute zu halten, dass der *massgebliche Zeitpunkt* zwangsläufig erst *nach* dem Vorliegen der begründeten Besorgnis einer Überschuldung vorkommen könne, da ein VR-Mitglied – bevor es den Richter benachrichtige – noch Zwischenbilanzen erstellen, diese sodann einem Revisor zur Prüfung vorlegen und sofern tunlich auch noch Sanierungsmassnahmen ergreifen müsse.⁹⁷

Zudem präziserte das Bundesgericht die der Schadensberechnung zugrunde zu legenden Werte. Es betonte, dass *Liquidationswerte* massgeblich seien; der von der Erstinstanz hinzugezogene Experte hatte zur Schadensberechnung auf Fortführungswerte abgestellt, die angesichts der Liquidation der Gesellschaft jegliche Bedeutung verlieren.⁹⁸

95 Urteil 4A_270/2016 vom 7. Oktober 2016: Erw. 2.2.1.

96 Auf diesen Zeitpunkt hatte die Vorinstanz abgestellt (vgl. Urteil 4A_270/2016 vom 7. Oktober 2016: Erw. 2.3).

97 Urteil 4A_270/2016 vom 7. Oktober 2016: Erw. 2.3.1.

98 Urteil 4A_270/2016 vom 7. Oktober 2016: Erw. 2.2.2.

- 1) Urteil 4A_271/2016; 4A_291/2016 vom 16. Januar 2017.⁹⁹
Aktienrecht: Substanziierung des Fortsetzungsschadens zufolge Konkursverschleppung sowie Beweiserleichterungen

Dieses Urteil befasst sich erneut mit dem Konkursverschleppungsschaden bzw. dem sogenannten *Fortsetzungsschaden zufolge Konkursverschleppung*. Dem Entscheid zugrunde lag die Klage einer Konkursmasse gegen eine Revisionsstelle,¹⁰⁰ der vorgeworfen wurde, sie hätte dem Gericht die Überschuldung der Gesellschaft zu *spät gemeldet* und dadurch ihre *Pflichten als Revisionsstelle* verletzt, wodurch die Konkursmasse geschädigt worden sei.¹⁰¹

Das Handelsgericht Zürich wies die Klage ab mit der Begründung, die Klägerin sei die Darlegung der Berechnungsgrundlagen für eine Schadensschätzung (Art. 42 Abs. 2 OR) schuldig geblieben, womit die *Substanziierung des Schadens ungenügend* sei.¹⁰² Auf die Beschwerde der Konkursmasse trat das Bundesgericht gar nicht erst ein; die Konkursmasse hatte sich nicht hinreichend mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinandergesetzt.¹⁰³ Das Bundesgericht wiederholte einige *bedeutsame Merksätze*:

«Besteht der Schaden – wie hier behauptet – in der Vergrößerung der Verschuldung der Konkursitin, die durch eine verspätete Konkurserklärung entstanden ist (vgl. Art. 725 Abs. 2 und 729b Abs. 2 OR), im sogenannten Fortführungsschaden zufolge Konkursverschleppung, so ist die tatsächlich eingetretene Überschuldung der Konkursitin mit jener zu vergleichen, die bei einem Konkurs zum früheren Zeitpunkt bestanden hätte».¹⁰⁴ Es sei der Vermögensstand der AG zum Zeitpunkt der *tatsächlichen* Konkurseröffnung zu ver-

99 Vgl. GNOS/HOHLER/ANNER (Fn. 24) 48 ff.; MÜLLER/LEU (Fn. 55) Rz. 95 ff.; STEFAN WIRZ, Beweiserleichterung beim Fortführungsschaden?, dRSK publiziert am 31. März 2017, *passim*; Leitsätze von Gerichtsentscheidungen zum Zivilprozessrecht und zum SchKG (...), ZZZ 2016, 346; Zusammenfassung: CHABLOZ *et al.* (Fn. 73) 316; GesKR 2017, 235.

100 Urteil 4A_271/2016 befasste sich u. a. mit der Kostenverteilung bei einer Streitverkündungsklage, die Erwägungen wurden in BGE 143 III 106 amtlich publiziert; die *gesellschaftsrechtlichen* Überlegungen wurden *nicht amtlich publiziert*.

101 Urteil 4A_271/2016; 4A_291/2016 vom 16. Januar 2017: Sachverhalt B.

102 Urteil 4A_271/2016; 4A_291/2016 vom 16. Januar 2017: Sachverhalt B.; vgl. zudem den Entscheid des Handelsgerichts Zürich: HG110226-O vom 16. März 2016.

103 Urteil 4A_271/2016; 4A_291/2016 vom 16. Januar 2017: Erw. 4.5.

104 Urteil 4A_271/2016; 4A_291/2016 vom 16. Januar 2017: Erw. 3.1.

gleichen mit demjenigen Zeitpunkt, in dem die eingeklagten Organe die Konkurseröffnung *hätten herbeiführen müssen* bei pflichtgemäsem Verhalten.¹⁰⁵

Zwar könne ein ziffernmässig nicht nachweisbarer Schaden gemäss Art. 42 Abs. 2 OR in das richterliche Ermessen gestellt werden. Dies zielt jedoch *nicht* darauf ab, dem Geschädigten die *Beweislast generell abzunehmen*. Vielmehr habe dieser sämtliche Umstände, die für den Eintritt des Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen.¹⁰⁶ «Die vom Geschädigten vorgebrachten Umstände müssen geeignet sein, den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen und seine Grössenordnung hinreichend fassbar werden zu lassen. Der Schluss, dass tatsächlich ein Schaden vom behaupteten ungefähren Umfang eingetreten ist, muss sich dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen».¹⁰⁷

Im konkreten Fall lagen weder für den Zeitpunkt der tatsächlichen Konkurseröffnung (13. Oktober 2004) noch für den hypothetischen Konkurseröffnungszeitpunkt (behauptet: 8. Dezember 2003) Zwischenbilanzen vor. Die Konkursmasse stellte auf die letzte geprüfte Bilanz vom 31. Dezember 2003 ab und versuchte, die Liquidationswerte dadurch zu erstellen, dass für jeden Aktivposten der Bilanz eine mutmassliche Liquidationsquote herangezogen und die Werte der Aktiven in der Bilanz um 10% bis 75% korrigiert wurden; diese *Wertkorrekturen* wurden, gestützt auf ein *Privatgutachten*, «entsprechend allgemeiner Lebenssituationen»¹⁰⁸ festgesetzt.¹⁰⁹ Diese «Substanziierung» reichte nicht.

Insbesondere seien die Liquidationswerte *nicht genügend substantiiert* worden, weil die Wertkorrekturen nicht hinreichend begründet waren; es sei auch unklar, nach *welchen Kriterien* diese Korrekturen festgesetzt worden seien. Die Darlegung der Berechnungsgrundlagen in diesem Sinne wäre für die *Klägerin zumutbar* gewesen.¹¹⁰

105 Urteil 4A_271/2016; 4A_291/2016 vom 16. Januar 2017: Erw. 3.1.

106 Urteil 4A_271/2016; 4A_291/2016 vom 16. Januar 2017: Erw. 3.2.

107 Urteil 4A_271/2016; 4A_291/2016 vom 16. Januar 2017: Erw. 3.2 a. E. dabei bleibt – leider – völlig unklar, welches Beweismass die Formulierung «mit einer gewissen Überzeugungskraft» verlangt.

108 Urteil 4A_271/2016; 4A_291/2016 vom 16. Januar 2017: Erw. 4.1.

109 Urteil 4A_271/2016; 4A_291/2016 vom 16. Januar 2017: Erw. 4.1.

110 Urteil 4A_271/2016; 4A_291/2016 vom 16. Januar 2017: Erw. 4.2.

- m) *Urteile 6B_199/2016 vom 8. Dezember 2016, 6B_985/2016 vom 27. Februar 2017 sowie 6B_961/2016 vom 10. April 2017.*¹¹¹

Aktienrecht/Wirtschaftsstrafrecht: Unterlassung der Überschuldungsanzeige als strafrechtliche Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB

Die Verfahrensnummern der Fälle lassen ohne Weiteres erahnen, dass es sich bei diesen Entscheidungen des Bundesgerichts nicht um gesellschaftsrechtliche Entscheide i. e. S. handelt, sondern vielmehr stehen *strafrechtliche* Urteile zur Diskussion. Es handelt sich allerdings um Entscheide im Schnittstellenbereich des Gesellschaftsrechts und des Wirtschaftsstrafrechts, sodass zumindest kurz darauf verwiesen werden soll.

In allen drei Urteilen ging es u. a. um den Tatbestand der sogenannten *Misswirtschaft*; Art. 165 Abs. 1 StGB sieht vor: «Der Schuldner, der (...) durch Misswirtschaft, namentlich durch ungenügende Kapitalausstattung, unverhältnismässigen Aufwand, gewagte Spekulationen, leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit, Verschleudern von Vermögenswerten oder arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung, seine Überschuldung herbeiführt oder verschlimmert, seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt oder im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert, wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.»

In diesem Zusammenhang gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass eine *unterlassene Überschuldungsanzeige* gemäss Art. 725 Abs. 2 OR eine «arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung» (Art. 165 Abs. 1 StGB) darstellen und somit auch strafrechtliche Konsequenzen für VR-Mitglieder haben könne.¹¹² Es hielt in einem

111 Vgl. MÜLLER/LEU (Fn. 55) Rz. 130 f.; SARAH SCHLÄPPI, *Strafrechtliche Risiken: Was muss ich als Verwaltungsrat eines KMU beachten? (...)*, in: *Rechtspraxis für KMU* (Olten 2017) 9 ff.; Zusammenfassung: *GesKR* 2017, 235.

112 Urteil 6B_199/2016 vom 8. Dezember 2016: Erw. 2.3.3 und Erw. 2.3.4; Urteil 6B_985/2016 vom 27. Februar 2017: Erw. 4.1.1 und Erw. 4.2.1; Urteil 6B_961/2016 vom 10. April 2017: Erw. 6.3; eine entsprechende *Sorgfaltspflichtverletzung gemäss Art. 717 OR* reiche aus als «arge Nachlässigkeit» im Rahmen von Art. 165 StGB (Urteil 6B_199/2016 vom 8. Dezember 2016: Erw. 2.3.4 a. A.).

Urteil zudem fest, dass die Benachrichtigung des Richters zwar *aufgeschoben* werden könne (Art. 725a Abs. 1 OR), wenn begründete und konkrete Aussichten auf eine aussergerichtliche finanzielle Sanierung und Wiederherstellung der Ertragskraft bestünden; dabei reichen *übertriebene Erwartungen* oder *vage Hoffnungen* indes nicht aus.¹¹³

VR-Mitglieder sehen sich mit *immer mehr Risiken* für ihr eigenes Verhalten konfrontiert, nicht zuletzt im Hinblick auf Überschuldungsanzeigen. Nebst dem *Privatrecht* scheint nun ebenfalls das *Strafrecht* immer stärker ins Blickfeld zu geraten. Es bleibt zu hoffen, dass klägerische Selbstgerechtigkeiten sowie ein «hindsight bias» nicht dazu führen, dass künftig nur noch «Gambler» und «Risikospiele» für Mandate in VR zur Verfügung stehen.

3. *Recht der GmbH*

n) Urteil 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016.¹¹⁴

Recht der GmbH: Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis – wichtiger Grund gemäss Art. 815 Abs. 2 OR

A. und C. hielten *je zur Hälfte die Stammanteile* der B. GmbH, wobei sie auch als Geschäftsführer tätig waren. Zwischen den Gesellschaftern bestand jedoch «seit geraumer Zeit Zwist, was namentlich die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung»¹¹⁵ erschwerte. Daneben gab es einen Vorsitzenden der Geschäftsführung (D.), der keine Stammanteile besass. A. hatte aber nicht nur mit C., sondern auch mit D. *Meinungsverschiedenheiten*. Unter anderem warf A. dem D. wiederholte Verstösse gegen die Treuepflicht und gegen das Gleichbehandlungsgebot vor.¹¹⁶

A. reichte beim Handelsgericht Zürich ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ein, wonach D. die *Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen* werden solle. Das Handelsgericht Zürich

¹¹³ Urteil 6B_985/2016 vom 27. Februar 2017: Erw. 4.2.1.

¹¹⁴ Vgl. BLANC (Fn. 24) 114; GLANZMANN/MEYER (Fn. 36) 29 f.; GNOS/HOHLER (Fn. 47) 131 ff.; HARI (Fn. 36) 68 f.; MÜLLER/KÄCH/LEU (Fn. 36) Rz. 173 ff.; STOFFEL/CONSTANTIN (Fn. 24) 367 f.; Zusammenfassung: SETHE/EGLE (Fn. 47) 495; GesKR 2016, 505 f.; ZR 2016, 227.

¹¹⁵ Urteil 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016: Sachverhalt A.

¹¹⁶ Urteil 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016: Sachverhalt B.

wies das Gesuch ab,¹¹⁷ und A. erhob Beschwerde beim Bundesgericht; er rügte, das Handelsgericht Zürich sei beim Entscheid in Willkür verfallen, weil es bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorlag, einzig die *Interessen der Gesellschaft*, nicht aber diejenigen von A. selbst berücksichtigt habe.¹¹⁸

Das Bundesgericht führte aus, dass «die Klage auf Entzug oder Beschränkung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis grundsätzlich dazu dient, die *Funktionstauglichkeit der Gesellschaft* aufrechtzuerhalten (...). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein wichtiger Grund i. S. von Art. 825 Abs. 2 OR vorliegt, ist mithin das *Interesse der Gesellschaft* massgebend».¹¹⁹ Die Klage diene nicht dazu, individuelle Interessen der Geschäftsführer oder Gesellschafter zu wahren.¹²⁰ Im Massnahmenverfahren sei allein zu prüfen, ob der *Gesellschaft* ein *nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil* (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO) drohe, wenn einem betroffenen Geschäftsführer die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nicht vorsorglich entzogen würde.¹²¹

- o) *BGE 143 I 328 (Urteil 4A_75/2017 vom 22. Mai 2017).*¹²²
Voraussetzungen für unentgeltliche Rechtspflege bei juristischen Personen

Der Entscheid betrifft nicht wirklich das GmbH-Recht, sondern vielmehr eine Rechtsfrage, die im konkreten Fall bei einer GmbH zu

117 Urteil 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016: Sachverhalt B.

118 Urteil 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016: Sachverhalt C.

119 Urteil 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016: Erw. 3.2.2; Hervorhebungen im Original.

120 Urteil 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016: Erw. 3.2.2 a. E.

121 Urteil 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016: Erw. 3.3; die Beschwerde wurde *abgewiesen*.

122 Vgl. MATTHIEU BLANC, *Chronique de jurisprudence en matière de droit des sociétés*, Not@lex, 2018, 118; GUILLAUME BRAIDI, *État des lieux de l'assistance judiciaire en faveur des personnes morales*, *Anwaltsrevue* 2018, 133 ff.; DESIRÉE DIETLIN, *Präzisierung der Voraussetzungen des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege für juristische Personen*, *ius.focus* 2018, Nr. 283; CHRISTOPH LEUENBERGER, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2017 (...)*, *ZBJV* 2019, 182; MÜLLER/LEU (Fn. 5) Rz. 98 ff.; VON DER CRONE/REICHMUTH (Fn. 47) 419 f.; Zusammenfassung: ERNST F. SCHMID, *Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit*, *SJZ* 2018, 41; STOFFEL/CONSTANTIN (Fn. 24) 293; FELIX UHLMANN/FLORIAN FLEISCHMANN, *Entwicklungen im Verwaltungsrecht*, *SJZ* 2018, 429.

beantworten war. Ungeachtet dessen soll auf das Urteil betreffend *unentgeltliche Rechtspflege* hingewiesen werden, weil es in der Praxis bedeutsam ist für juristische Personen, darunter nicht zuletzt auch GmbH.

Die A. GmbH in Liquidation klagte gegen ihren Vermieter u. a. auf Rückgabe von ihr gehörenden Gegenständen.¹²³ B., ihr Gründer und einziger Gesellschafter, bezog Sozialhilfe. Die A. GmbH verlangte unentgeltliche Rechtspflege für ihr Klageverfahren.¹²⁴

Das Bundesgericht wies darauf hin, dass im Rahmen von Art. 29 Abs. 3 BV jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand habe, solange ihr Begehren nicht als aussichtslos erscheint.¹²⁵ Gilt diese Regelung auch für *juristische* Personen?

Das Gericht erachtete diese Ordnung als auf *natürliche* Personen zugeschnitten, d. h., «juristische Personen können grundsätzlich weder die unentgeltliche Prozessführung noch eine Verbeiständung beanspruchen; sie sind nicht arm oder bedürftig, sondern bloss zahlungsunfähig oder überschuldet und haben in diesem Fall die gebotenen gesellschafts- und konkursrechtlichen Konsequenzen zu ziehen. (...) Juristische Personen verfügen deshalb – wie grundsätzlich auch die Konkurs- oder Nachlassmasse – über keinen bundesrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung (...).»¹²⁶

Nur, aber immerhin, *ausnahmsweise* könne für eine juristische Person ein Anspruch bestehen, «wenn ihr einziges Aktivum im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind (...).»¹²⁷ Insofern hat das Bundesgericht die bisherige Rechtsprechung

123 Die GmbH wurde in Anwendung von Art. 153b HRegV von Amtes wegen aufgelöst, weil die Gesellschaft die ihr zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes in Bezug auf das Domizil angesetzte Frist fruchtlos verstreichen liess (Sachverhalt A.: BGE 143 I 328); in diesem Zusammenhang hielt das Bundesgericht fest, dass die Auflösung und Liquidation einer juristischen Person zufolge fehlendem Rechtsdomizil nach Ablauf der Dreimonatsfrist von Art. 153b Abs. 3 HRegV unwiderruflich sei (BGE 143 I 334 Erw. 3.6).

124 Sachverhalt B. a.: BGE 143 I 329.

125 BGE 143 I 330 Erw. 3.

126 BGE 143 I 330 Erw. 3.1.

127 BGE 143 I 331 Erw. 3.1.

bestätigt. Ob diese beiden Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt waren, liess das Bundesgericht offen.¹²⁸

Ob und inwiefern allenfalls zusätzlich *öffentliche Interessen an der Weiterexistenz* einer juristischen Person erforderlich seien, liess das Gericht ebenfalls offen. Es kam immerhin zum Schluss, dass unentgeltliche Rechtspflege einer juristischen Person zumindest dann zu verweigern sei, «wenn das Verfahren, für das sie beansprucht wird, deren Weiterexistenz nicht sichert (...)»¹²⁹ Insofern kann von einer *Präzisierung* der Rechtsprechung gesprochen werden.

Gestützt auf diese Überlegungen wurde die Beschwerde der A. GmbH denn auch abgewiesen. Das Bundesgericht hielt fest, es sei unter den gegebenen Umständen nicht denkbar, dass die A. GmbH mit ihrer ursprünglichen Zwecksetzung weiterbestehen könne, da sie ja von Amtes wegen und unwiderruflich aufgelöst und liquidiert worden war.¹³⁰

B. Finanzmarktrecht

1. Bankprivatrecht

- a) *Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 (französisch).*¹³¹
Bankprivatrecht: Bankhaftung für betrügerische Überweisungsaufträge

C. ist US-Bürger und unterhält eine *Bankbeziehung* mit der Lausanner Niederlassung einer Bank. Es wurden u. a. eine «Banklagernd»-Vereinbarung und AGB sowie eine Vereinbarung abgeschlossen, die es der Bank erlaubte, *per E-Mail erhaltene Aufträge auszuführen*,

128 BGE 143 I 332 f. Erw. 3.2 a. E.

129 BGE 143 I 332 f. Erw. 3.3.

130 BGE 143 I 335 Erw. 3.6.

131 Vgl. SIMON BÜHLER, Aktuelle Entwicklungen im Finanzmarkt- und Bankrecht, Aktuelle Anwaltspraxis 2017, 336 f.; MIRCO CEREGATO/ETIENNE GARD, Haftung der Bank infolge eines «Man-in-the-Middle» Angriffs, ius.focus 2017, Nr. 96; STEPHANIE STOHWASSER, Gehacktes E-Mail-Konto eines Bankkunden, ius.focus 2017, Nr. 35; Zusammenfassung: SUSAN EMMENEGGER *et al.*, Das schweizerische Bankprivatrecht 2016, SZW 2017, 224; allgemein: NICOLAS BRACHER, Legitimationsprüfung und Risikotransfer bei E-Mail-Zahlungsaufträgen, SZW 2018, 156 ff.

wobei der Klient die damit verbundenen Risiken tragen sollte, es sei denn, die Bank handle grobfahrlässig («gross negligence»).

¹³²

Bis ins Jahr 2012 gab es nur selten Kontakt zwischen C. und der Bank, wobei der Kontakt hauptsächlich per E-Mail stattfand.¹³³ C. verfasste die *E-Mails* jeweils in *einwandfreiem Englisch* und *begründete* die Kontobewegungen zusätzlich von sich aus;¹³⁴ er erwähnte auch mehrmals ausdrücklich, dass er hauptsächlich an einer *langfristigen und sicheren Aufbewahrung* seiner Gelder interessiert sei.¹³⁵

Im Juni 2012 verschafften sich Unbekannte illegal Zugriff zum Mail-Account von C.¹³⁶ Die *Hacker korrespondierten* mit der Bank in *schlechtem Englisch* und übermittelten mehrere Überweisungsaufträge. Einen ersten Auftrag über USD 120 000.– nach Hong Kong, mit dem Zweck «Purchase of Property», führte die Bank aus.¹³⁷ Beim folgenden Auftrag verlangte die Bank einen unterzeichneten Überweisungsauftrag; die Unterschrift auf dem Dokument glich in keiner Weise den der Bank bekannten Unterschriften von C.,¹³⁸ sodass die Bank die Überweisung nicht vornahm. In der Folge kam es zu weiteren Betrügereien durch die Hacker sowie zu Banküberweisungen.

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Bank grundsätzlich die *Authentizität* von solchen vertragskonform an sie gerichteten Aufträgen *nicht prüfen* müsse; nur bei ernsthaften Hinweisen auf Fälschungen müsse die Bank weitere Abklärungen vornehmen.¹³⁹ Das Gericht prüfte für jede Transaktion einzeln, ob sich die Bank ein *schweres Fehlverhalten* («faute grave») vorwerfen lassen müsse,¹⁴⁰ und hielt fest, dass die betrügerischen Aufträge unter fünf Gesichtspunkten

¹³² Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Sachverhalt A. a.

¹³³ Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Sachverhalt A. c.

¹³⁴ Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Sachverhalt A. c. f.

¹³⁵ Zitate aus E-Mails von C. «I (...) will leave the money in the bank for the long term and expect to be a passive investor. Just looking for stability and safety» (Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Sachverhalt A. c. a. E.); zudem: «I don't intend to do much trading or exchanging in the future and I am basically looking for a long-term place to hold some savings with a very defensive posture» (a. a. O.: Sachverhalt A. d.).

¹³⁶ Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Sachverhalt A. e.

¹³⁷ Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Sachverhalt A. f.

¹³⁸ Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Sachverhalt A. g.

¹³⁹ Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Erw. 2.2.6.

¹⁴⁰ Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Erw. 2.3.

aussergewöhnlich waren:¹⁴¹ (i) Sprache, (ii) Häufung und Adressat, (iii) Summen, (iv) ungewöhnlich dürftige Begründung und (v) plötzliche zeitliche Dringlichkeit. In Anbetracht dessen bestätigte das Bundesgericht die Vorinstanz und sah eine *Grobfahrlässigkeit* als gegeben.¹⁴²

Im Weiteren hielt das Gericht fest, eine strikte Anwendung der *Zustellungsfiktion* bei einer «Banklagernd»-Vereinbarung könne in Anbetracht ihrer möglicherweise «schockierenden» Folgen als *rechtsmissbräuchlich* ausgeschlossen sein.¹⁴³ Vorliegend schützte das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz, dass eine *Grobfahrlässigkeit* der Bank geeignet sei, die *Zustellfiktion* zu verhindern.¹⁴⁴

Zur Verteidigung warf die Bank schliesslich C. ein *grobes Fehlverhalten* bezüglich *Sicherung seines Mail-Accounts* vor.¹⁴⁵ Da aber nicht erstellt war, dass C. seinen Mail-Account ungenügend geschützt hätte und es als notorisch betrachtet wurde, dass – selbst bei gutem Schutz – ein Hacking durchaus möglich sei,¹⁴⁶ konnte sich die Bank mit diesem Vorwurf nicht wirksam verteidigen; sie hatte C. sogar die *Rechtsverfolgungskosten in Hong Kong* (Art. 422 Abs. 1 OR) zu erstatten.¹⁴⁷

- b) *Urteil 4A_403/2016 vom 18. April 2017 (französisch).*¹⁴⁸
Bankprivatrecht: Vertragshaftung der Bank bei Verkauf von kapitalgeschützten Produkten sowie Kausalität

Das Ehepaar A. X. und X. eröffnete am 14. Dezember 2006 ein Konto bei der Bank Z. Kurz darauf wurden CHF 422 910.– aus einer Versicherung, die X. abgeschlossen hatte, auf das Konto einbezahlt.

141 Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Erw. 2.4.2 ff.

142 Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Erw. 2.5.4.

143 Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Erw. 3.2.3.

144 Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Erw. 3.3 a. E.

145 Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Erw. 4.1.

146 Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Erw. 4.4.

147 Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016: Erw. 5 ff.

148 Vgl. HARALD BÄRTSCHI/YANNICK HIRSCHI, Vertrauen im Kapitalmarkt, SZW 2017, 781 f.; ANDREAS SCHNEUWLY, Hypothetischer Kausalverlauf in der Anlageberatung, ius.focus 2017, Nr. 171; Zusammenfassung: ANDREAS BOHRER *et al.*, Finanzmarktrecht – Entwicklungen 2017, njus.ch 2018, 61 f.; JAN HERRMANN, Aktualitäten im Haftpflichtrecht, in: Jahrbuch SGHVR 2017, 176 f.; LUC THÉVENOZ *et al.*, Le droit bancaire privé suisse 2017, SZW 2018, 194 f.

Nach wenigen Tagen kontaktierte die Bank das Ehepaar, um ihnen vorzuschlagen, das Geld zu investieren, und liess dem Ehepaar ein Schreiben zukommen¹⁴⁹ mit «*diverses propositions de placement à capital garanti*». Die beigelegte Liste enthielt vier Produkte mit der Erwähnung «protection 100%», wovon drei von der US-Investmentbank *Lehman Brothers* stammten.

Am 22. Februar 2007 kaufte das Ehepaar *strukturierte kapitalgeschützte Produkte von Lehman Brothers* im Wert von CHF 402 804.50. Am selben Tag erhielten sie eine Broschüre betreffend «risques particuliers dans le commerce des titres», die u. a. festhielt: «Les produits structurés ne vous confèrent que des droits envers l'émetteur. Outre le risque du marché, c'est donc surtout le risque de l'émetteur auquel vous devez prêter attention. Sachez donc qu'en sus d'une éventuelle perte imputable au recul du marché des sous-jacents, vous pouvez subir, dans un cas extrême, une perte totale de votre placement, suite à la défaillance de l'émetteur».¹⁵⁰ Einige Monate später ging *Lehman Brothers* in Konkurs.¹⁵¹

Es wurden Verletzungen von Art. 97 OR und Art. 398 OR sowie Art. 11 BEHG geltend gemacht. Die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie verneinte, dass die Bank ihre *Informationspflicht verletzt* habe und dass diese *Pflichtverletzung kausal* für die Schädigung gewesen sei.¹⁵² Da es sich beim vorgeworfenen Fehlverhalten um eine Unterlassung handle, ging es um die *hypothetische Kausalität*, d. h. um die Frage, ob der Schaden eingetreten wäre, wenn die unterlassene Handlung vorgenommen worden wäre.¹⁵³

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Bank das Ehepaar *nicht zum Emittentenrisiko aufgeklärt* habe, womit sich die Anschlussfrage stelle, wie sich der Sachverhalt entwickelt hätte, wenn sie korrekt aufgeklärt worden wären.¹⁵⁴ Da zum fraglichen Zeitpunkt *keine Zweifel an Lehman Brothers* bestanden, ging das Bundesgericht – wie die Vorinstanz – davon aus, dass sich das Ehepaar, selbst bei Aufklärung

149 Urteil 4A_403/2016 vom 18. April 2017: Sachverhalt A. a.

150 Urteil 4A_403/2016 vom 18. April 2017: Sachverhalt A. a.

151 Urteil 4A_403/2016 vom 18. April 2017: Sachverhalt A. c.

152 Urteil 4A_403/2016 vom 18. April 2017: Erw. 3.1.

153 Urteil 4A_403/2016 vom 18. April 2017: Erw. 3.2.

154 Urteil 4A_403/2016 vom 18. April 2017: Erw. 3.4.

zum Emittentenrisiko, *nicht hätte davon abbringen* lassen, das gewünschte Produkt zu erwerben.¹⁵⁵

Im Ergebnis führte dies dazu, dass die Vorinstanz – nach Ansicht des Bundesgerichts – kein Bundesrecht verletzt hatte, indem sie *keinen Kausalzusammenhang* zwischen dem Versäumnis der Bank (sc. die Nichtaufklärung zum Emittentenrisiko) auf der einen Seite und dem Schaden auf der anderen Seite erkannte.¹⁵⁶ Dieses *bankenfremdliche Urteil*, das trotz klarer Pflichtverletzung die Bank schützt, dürfte nicht allein bei juristischen Laien zu einem «Stirnrunzeln» führen – doch «*Gerechtigkeitsempfinden*» sind dem Wirtschaftsrecht im Allgemeinen und dem Bankrecht im Besonderen meist fremd.

- c) *Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 (französisch).*¹⁵⁷
Bankprivatrecht: Haftung der Bank für UVV sowie Schadenabwälzungsklausel im Verhältnis Bank – Bankkunde

A. war Kundin der Bank Z.¹⁵⁸ Die AGB des Kontovertrags hielten zur Verifizierung von Unterschriften fest: «le dommage résultant de défauts de légitimation ou de faux non décelés est à la charge du Client, sauf en cas de faute grave de la Banque».¹⁵⁹ Ausserdem bestand eine «Banklagernd»-Vereinbarung.¹⁶⁰ Das Vermögen von A. wurde von einem *unabhängigen Vermögensverwalter* (UVV) verwaltet, nämlich von B.¹⁶¹ B. wurde von A. entsprechend bevollmächtigt, wobei diese *Vollmacht* festhielt: «Le Représentant ne peut ordonner des bonifications par le débit des prestations du Titulaire que lorsqu'elles sont destinées à la reprise d'actifs d'un montant équivalent».¹⁶²

155 Urteil 4A_403/2016 vom 18. April 2017: Erw. 3.4 a. E. und Erw. 3.6.

156 Urteil 4A_403/2016 vom 18. April 2017: Erw. 3.8.

157 Vgl. YLBER HASANI, Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser!, ius.focus 2017, Nr. 198; MARKUS VISCHER, Schadensabwälzungsklauseln, dRSK, publiziert am 8. September 2017, *passim*; in dieser Sache kam es später zu einem erneuten Entscheid: Urteil 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019; Zusammenfassung: BÄRTSCHI/HIRSCHI (Fn. 148) 782; THÉVENOZ *et al.* (Fn. 148) 191 f.; FRANZ WERRO, Entwicklungen im Obligationenrecht (...), SJZ 2018, 300 f.

158 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Sachverhalt A. a.

159 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Sachverhalt A. b.

160 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Sachverhalt A. b.

161 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Sachverhalt A. b. f.

162 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Sachverhalt A. c.

In der Folge überwies der UVV fast den gesamten Kontobetrag an die T. SA, die im Edelmetallhandel tätig war, wobei das Geld schlussendlich bei einer von B. instruierten Frau B. einging.¹⁶³ Als das *Konto fast «leergeräumt»* war, liess B. es schliessen und den Restbetrag an sich überweisen.¹⁶⁴ Als A. dies realisierte, verlangte sie von der Bank Z. die Bezahlung der überwiesenen Beträge (ca. CHF 1,5 Mio.).¹⁶⁵

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Bank bei einem *Execution-only-Vertrag* grundsätzlich *keine Pflicht zur Interessenwahrung* gegenüber A. habe.¹⁶⁶ Im Weiteren rief das Gericht in Erinnerung, dass Überweisungen durch *nicht autorisierte Dritte* (oder Vertreter) zu einem *Schaden der Bank* führen, die aber Schadenersatz vom Kunden verlangen könne, sofern er schuldhaft zur Schädigung beigetragen habe.¹⁶⁷

Es gehe dabei nicht um die Schadenminderung gemäss Art. 44 Abs. 1 OR, da diese Bestimmung nicht auf einen *Anspruch auf Vertragserfüllung* (sc. Rückerstattung des Kontosalos) anwendbar sei.¹⁶⁸ Entsprechend handle es sich bei der Risikotransferklausel in den AGB auch nicht um eine Begrenzung der vertraglichen Haftung der Bank, sondern um eine Klausel, die dem Kunden das (grundsätzlich von der Bank zu tragende) *Risiko für unautorisierte Transaktionen* übertrage; sie überwälze den der Bank entstandenen Schaden auf den Kunden und begründe daher eine Haftung des Kunden gegenüber der Bank.¹⁶⁹

Die Bank sei einzig verpflichtet, die *Echtheit* der an sie gerichteten Aufträge im Rahmen der vereinbarten Modalitäten zu überprüfen. Was die Unterschriftenkontrolle betreffe, müsse sie *keine ausserordentlichen Massnahmen* ergreifen, die mit einer raschen Transaktionsabwicklung unvereinbar seien. Sie müsse indes *zusätzliche Kontrollen* durchführen, wenn etwa ernst zu nehmende Anzeichen einer Fälschung oder besondere Umstände vorlägen, die Zweifel bei der Bank aufkommen lassen (müssten).¹⁷⁰ Wenn die Bank eine

163 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Sachverhalt A. d. a.

164 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Sachverhalt A. e.

165 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Sachverhalt A. f. f.

166 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Erw. 3.1.

167 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Erw. 3.2.2.

168 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Erw. 3.2.2.

169 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Erw. 3.3.1.

170 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Erw. 3.3.2.

Transaktion für ungewöhnlich halte oder halten müsste, sei ausschliesslich eine *Verifizierung durch den Kunden selbst* geeignet, um jeden Zweifel an einer Fälschung auszuschliessen. Die Bank könne sich in einem solchen Fall also *nicht* damit begnügen, den UVV zu kontaktieren.¹⁷¹

Betreffend AGB prüfte das Bundesgericht, ob die Bank ihre *Sorgfaltspflichten* gegenüber ihrem Kunden verletzt habe, und – gegebenenfalls – wie schwer diese Verletzung wog.¹⁷² Die der Bank bekannte *Vollmacht für B.* liess nämlich nicht zu, dass das Konto belastet werde, wenn damit keine entsprechende Gegenleistung im selben Umfang auf das Konto von A. gebucht würde. Da dies bei zwei Edelmetallinvestitionen jedoch der Fall war, hätte sich die Bank die Korrektheit unmittelbar vom *Bankkunden bestätigen* lassen müssen. Dass sie dies unterliess, stelle ein schwerwiegendes Fehlverhalten der Bank dar, sodass die *Schadenabwälzungsklausel nicht anwendbar* sei.¹⁷³

- d) *BGE 143 III 348 (Urteil 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017)*¹⁷⁴
(*französisch*).¹⁷⁵
Bankprivatrecht/Auftragsrecht: Retrozessionen sowie Verjährung

Kein wirtschafts- und bankrechtliches Thema hat in den letzten Jahren eine so intensive mediale Aufmerksamkeit erfahren wie die sogenannten *Retrozessionen*, obwohl deren Problematik seit Jahrzehnten bekannt ist (und schon vor vielen Jahren diskutiert wurde). Nach zahlreichen Entscheidungen zu offenen Rechtsfragen betreffend Retrozessionen äusserte sich das Bundesgericht in diesem Entscheid erstmals zu den Fragen des *Verjährungsbeginns* einerseits sowie der *Verjährungsfrist* andererseits.

171 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Erw. 3.3.2.

172 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Erw. 5.3.

173 Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: Erw. 5.3.2.

174 Vgl. BOHRER *et al.* (Fn. 148) 65 f.; MARC FIORELLINO, Le nœud du litige quant à la prescription des créances en restitution des rétrocessions: le rapport de durée, Quid?, Fribourg Law Review 1/2018, 23 ff.; MICHAEL HOCHSTRASSER, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung (...), AJP 2017, 1125 ff.; JÖRG SCHMID/CÉLINE BUSSMANN, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017 (2/2), ZBJV 2018, 782 ff.; CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Retrozessionen: Verjährung, Rechtsmissbrauch und Schadenersatz, Jusletter vom 25. September 2017, *passim*.

175 Deutsche Übersetzung: Pra 2018, Nr. 131.

Das Bundesgericht hielt fest, dass gemäss Art. 127 OR alle Forderungen innert *zehn Jahren verjährten*, sofern das Bundeszivilrecht nichts anderes bestimme;¹⁷⁶ gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR verjähren z. B. Miet-, Pacht- und Kapitalzinse sowie andere periodische Leistungen nach fünf Jahren. Nach ständiger Rechtsprechung sind *periodische Leistungen* solche Leistungen, die der Schuldner regelmässig und basierend auf demselben Schuldgrund leiste. Die *Pflicht des Beauftragten zur Herausgabe der Retrozessionen* ergebe sich indes nicht aus einem Dauerschuldverhältnis, sondern aus dem Umstand, dass er sie erhalten habe. Jede Herausgabepflicht beruhe auf einer separaten Grundlage, d. h., es gelange die *allgemeine Verjährungsfrist von Art. 127 OR zur Anwendung*.¹⁷⁷

Das Gericht äusserte sich weiter zum *Fristbeginn* der Verjährung.¹⁷⁸ Gemäss Art. 130 Abs. 1 OR beginne die Verjährung mit Fälligkeit zu laufen, die im Rahmen von Art. 75 OR grundsätzlich sofort einträte. Der *Erhalt von Retrozessionen* durch den Auftragnehmer begründe die Pflicht, den Auftraggeber darüber zu informieren und die Retrozessionen herauszugeben, d. h., dies führe zum Rückerstattungsanspruch und dessen Fälligkeit. Nach Bundesgericht könne *nicht* davon ausgegangen werden, dass die Rückerstattungsansprüche (und damit deren Fälligkeit) auf das *Ende des Auftragsverhältnisses verschoben* würden, weil sie ansonsten auch nicht sofort herausverlangt werden könnten.¹⁷⁹

Das *Wissen* des Auftraggebers um die Retrozessionen sei für den Fristenlauf unerheblich, denn die Möglichkeit zur Durchsetzung von Forderungen könne nicht beliebig verschoben werden; dies wäre mit dem Verjährungssystem als solchem unvereinbar.¹⁸⁰ Die zehnjährige Verjährungsfrist laufe also jeweils *ab dem Zeitpunkt*, ab dem der Auftragnehmer diese *Beträge erhalten* habe.¹⁸¹ Schliesslich hielt das Bundesgericht fest, dass die Berufung auf die Verjährung auch nicht rechtsmissbräuchlich gewesen sei.¹⁸²

176 BGE 143 III 355 Erw. 5.2.1.

177 BGE 143 III 356 Erw. 5.2.1.

178 BGE 143 III 357 Erw. 5.3.

179 BGE 143 III 358 Erw. 5.3.2.

180 BGE 143 III 358 Erw. 5.3.2.

181 BGE 143 III 359 Erw. 5.3.3.

182 BGE 143 III 360 Erw. 5.5.2.

2. Finanzmarktaufsichtsrecht

- e) *BGE 142 II 243 (Urteil 2C_739/2015 vom 25. April 2016).*¹⁸³
Öffentliches Finanzmarktrecht: Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG

Im August 2013 stellte die FINMA fest, dass die Bank X. im Zusammenhang mit dem *US-Geschäft* dauernd einzuhaltende Bewilligungsvoraussetzungen betreffend die Organisation und die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit schwer verletzt hatte; dieser Teil der Verfügung erwuchs in Rechtskraft.¹⁸⁴ Im September 2013 eröffnete die FINMA ein Verfahren gegen A., der in den Jahren 2008–2012 der CEO der Bank X. war, und erliess mit Verfügung vom 4. Juli 2014 ein *Berufsverbot* gegen A.¹⁸⁵

Das Bundesgericht prüfte das Vorliegen einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen als *Voraussetzung für ein Berufsverbot* nach Art. 33 FINMAG. Entgegen der Vorinstanz hielt es fest, der Umstand, dass die Bank X. die Verfügung vom August 2013 betreffend Feststellung der schweren Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen *durch die Bank* nicht angefochten habe, stehe einer Überprüfung der Tatbestandsmerkmale des Berufsverbots im Verfahren gegen A. nicht entgegen; es handle sich um keine rechtskräftig beantwortete Vorfrage, weil es um verschiedene Parteien gehe.¹⁸⁶ Die *natürlichen Personen*, die für Beaufsichtigte tätig (gewesen) seien, müssten sich diese ergangenen Entscheide nicht enthalten lassen, wenn sie nicht Partei jenes Verfahrens wa-

183 Vgl. FEDERICO ABRAR, La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2016 (...), RDAF 2017 I, 483 ff.; URS BERTSCHINGER, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2015 bis ins vierte Quartal 2016, SZW 2016, 634 f.; BOHRER *et al.* (Fn. 148) 69 ff.; MELANIE GOTTINI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2016, 640 ff.; PHILIPP H. HABERBECK, Bundesgerichtsurteil 2C_739/2015 betreffend das Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG, AJP 2016, 981 ff.; MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Höchst-richterlicher Schabernack beim FINMAG-Berufsverbot, ContraLegem 2/2018, 53 ff. sowie 62 ff.; Zusammenfassung: BÜHLER (Fn. 131) 334 f.; MARCEL GIGER, Teil 2 Finanzmarktrecht, in: Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2016/2017 (Bern 2017) 48 f.

184 Sachverhalt A. a.: BGE 142 II 244.

185 Sachverhalt A. b.: BGE 142 II 244.

186 BGE 142 II 247 Erw. 2.3.

ren.¹⁸⁷ Somit war die Vorinstanz angewiesen, die Frage nach der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten *durch A.* zu prüfen.¹⁸⁸

A. wurde eine *Pflichtverletzung durch Unterlassung* vorgeworfen. Das Bundesgericht führte deshalb aus, dass eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten nur durch Unterlassung begangen werden könne, wenn eine Handlung, die durch das *Aufsichtsrecht geboten* wäre, unterlassen worden sei. Die Durchsetzung ausländischer Rechtsvorschriften in der Schweiz gehöre indes grundsätzlich nicht zu den Aufgaben der FINMA.¹⁸⁹ Für eine Begründung, die den bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben genüge, sei «detailliert aufzuzeigen, aus welcher aufsichtsrechtlichen Bestimmung die Pflicht zur Vornahme welcher Handlung fließt und inwiefern die Verfahrenspartei diese spezifische Handlung, trotz bestehender rechtlicher Handlungspflicht, unterlassen hat».¹⁹⁰

Bei der Ermittlung des Sachverhalts dürfe ausserdem auf Aussagen abgestellt werden, die A. *im Verfahren gegen die Bank* gemacht habe, ohne dass dies gegen das Selbstbelastungsverbot von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II verstosse.¹⁹¹ Obwohl das Berufsverbot repressive Elemente enthalte, sei es als *administrative Massnahme* zu qualifizieren.¹⁹² Das Verfahren auf Erlass eines Berufsverbots gelte daher nicht als strafrechtliche Anklage, so dass die aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II abgeleiteten Garantien keine Anwendung fänden.¹⁹³

187 BGE 142 II 248 Erw. 2.3.

188 BGE 142 II 248 ff. Erw. 2.4.

189 BGE 142 II 250 Erw. 3.1.

190 BGE 142 II 251 Erw. 3.1.

191 BGE 142 II 251 Erw. 3.2.

192 BGE 142 II 252 Erw. 3.4.

193 BGE 142 II 254 Erw. 3.4.

- f) *Urteil 4A_83/2016 vom 22. September 2016.*¹⁹⁴
Öffentliches Finanzmarktrecht/Datenschutzrecht: Daten-
lieferung im US-Steuerstreit durch Bank der Kategorie 2

Der etwas leidige «US-Steuerstreit», der über Jahre hinweg den Schweizer Finanzplatz sowie das Verhältnis der Schweiz zu den USA erheblich belastete, scheint seit einiger Zeit auf den Bühnen der Politik und Diplomatie erledigt zu sein. Ungeachtet dessen gibt es, ausserhalb der Medienbeobachtung, nach wie vor «Opfer» (etwa von Datenlieferungen), was gelegentlich zu Verfahren und Entscheiden führt – wie dieses Urteil zeigt.

Die Beklagte und Beschwerdeführerin ist eine Schweizer Bank, die in der *Kategorie 2* am sogenannten *US-Steuerprogramm* teilnahm.¹⁹⁵ In diesem Zusammenhang wollte die Bank u. a. die Daten von zwei Rechtsanwälten und einer Anwalts-AG an die USA übermitteln. Diese wurden von der Bank über das beabsichtigte Vorgehen informiert,¹⁹⁶ erhoben dagegen Widerspruch¹⁹⁷ und kurz darauf Klage vor dem Handelsgericht Zürich.¹⁹⁸

Das Bundesgericht beschäftigt sich mit dem *Rechtsschutzinteresse* der Bank, da diese ein *Non-Prosecution-Agreement* («NPA») abgeschlossen hatte, ohne jedoch die streitgegenständlichen Daten in nichtanonymisierter Form geliefert zu haben.¹⁹⁹ Da die Pflichten der Bank im Rahmen dieses NPA – u. a. Informationspflichten – für vier Jahre nach dem Abschluss des NPA galten, konnte zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass das US-Justizministerium «auch nach Abschluss des NPA die Herausgabe der Daten verlangt».²⁰⁰ Vor diesem Hintergrund konnte das *Rechtsschutzinteresse bejaht* werden.²⁰¹

194 Vgl. ANDREAS BOHRER *et al.*, Finanzmarktrecht – Entwicklungen 2016, njus.ch 2017, 96 ff.; MIRCO CEREGATO/RAPHAEL BAUMANN, Das Bundesgericht verbietet die Datenlieferung an das DOJ im US-Steuerstreit (...), ius.focus 2016, Nr. 265; STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MELANIE BÜRKI, Rechtsprechungs panorama (...), AJP 2017, 389 ff.; Zusammenfassung: EMMENEGGER *et al.* (Fn. 131) 245 f.; RAPHAËL GANI, TF 4A_83/2016 du 22 septembre 2016, RDAF 2017 II, 124 f.

195 Urteil 2C_83/2016 vom 22. September 2016: Sachverhalt A. a.

196 Urteil 2C_83/2016 vom 22. September 2016: Sachverhalt A. c.

197 Urteil 2C_83/2016 vom 22. September 2016: Sachverhalt A. d.

198 Urteil 2C_83/2016 vom 22. September 2016: Sachverhalt B.

199 Urteil 2C_83/2016 vom 22. September 2016: Erw. 1.1.

200 Urteil 2C_83/2016 vom 22. September 2016: Erw. 1.3.

201 Urteil 2C_83/2016 vom 22. September 2016: Erw. 1.3.

Materiell ging es im Entscheid dann im Wesentlichen um die Anwendung von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG, namentlich um die Rechtsfrage,²⁰² «ob ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenbekanntgabe besteht, zu dessen Wahrung diese unerlässlich ist»,²⁰³ Die *Datenlieferung* sei nur, aber immerhin, *unerlässlich*, «wenn ohne sie davon auszugehen wäre, dass der Steuerstreit mit den USA erneut eskaliert und damit insgesamt der schweizerische Finanzplatz in Mitleidenschaft gezogen wird sowie der Ruf der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin beeinträchtigt würde».²⁰⁴

Diese «*Unerlässlichkeit*» müsse zum *Urteilszeitpunkt* vorliegen, was nicht hinreichend aufgezeigt sei, ebenso wenig wie der Umstand, dass die Vorinstanz mit ihrem *Verbot der Datenlieferung* das Recht verletzt habe.²⁰⁵ Der Katalog der Rechtfertigungsgründe (Art. 6 Abs. 2 DSG) sei abschliessend, womit «das private Interesse der Bank an ihrem Bestand» nicht ausreichend sei.²⁰⁶ Es blieb beim Entscheid des Handelsgerichts Zürich, wonach die *Daten der Anwälte* durch die Bank *nicht an die USA übermittelt* werden durften.

- g) *Urteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016.*²⁰⁷
Öffentliches Finanzmarktrecht/FINMAG sowie Bankrecht:
Entgegennahme von Publikumseinlagen sowie
«Crowdlending»

Die X. AG suchte Anleger für *Direktinvestments in Olivenhaine* in Spanien.²⁰⁸ Gemäss Mustervertrag schlossen die Anleger einen «Kauf-, Miet- und Rückkaufvertrag» ab,²⁰⁹ der als «*Crowdlending*»

202 Urteil 2C_83/2016 vom 22. September 2016: Erw. 3.

203 Urteil 2C_83/2016 vom 22. September 2016: Erw. 3.2 a. E.

204 Urteil 2C_83/2016 vom 22. September 2016: Erw. 3.3.4.

205 Urteil 2C_83/2016 vom 22. September 2016: Erw. 3.3.4.

206 Urteil 2C_83/2016 vom 22. September 2016: Erw. 3.4.3.

207 Vgl. PATRICIA REICHMUTH/HANS CASPAR VON DER CRONE, *Crowdlending als bewilligungspflichtige Entgegennahme von Publikumseinlagen*, SZW 2017, 253 ff.; Zusammenfassung: GIGER (Fn. 183) 48; allgemein: FINMA Enforcementbericht 2015, Entscheid Nr. 26, 19.

208 Urteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016: Sachverhalt A. sowie Erw. 2.1.

209 Urteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016: Erw. 2.1.

qualifiziert werden kann. Gegenstand dieses Vertrages war insbesondere der Erwerb eines Bestandes ausgewachsener Olivenbäume mit unmittelbarer Rückvermietung an den Verkäufer für eine feste Laufzeit von zehn Jahren zu einem Mietzins von 10% des Kaufpreises pro Jahr.

Die X. AG verpflichtete sich ausserdem, bei Ausübung des Gestaltungsrechts durch den Anleger, den Olivenhain am Ende der Laufzeit zum ursprünglichen Kaufpreis zurückzukaufen. Die Anleger hatten somit einen *unbedingten Anspruch auf Rückleistung* der Investition am Ende der Laufzeit.²¹⁰

Im April 2015 stellte die FINMA mittels Verfügung fest, dass die X. AG im Zusammenhang mit diesen Direktinvestments in Olivenhaine *ohne Bewilligung Publikumseinlagen entgegengenommen* und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt habe. In der Folge wurde über die X. AG sodann der *Konkurs* eröffnet.²¹¹

Das Bundesgericht hielt auf Beschwerde hin fest, dass mangels vorgeschriebenem Mindestkapital und adäquater Organisation *keine nachträgliche Bankbewilligung* infrage käme.²¹² Es führte zudem aus, dass auf den Antrag betreffend die Aufhebung der Feststellung einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten *nicht eingetreten* werden könne; wenn die FINMA zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes eine Leistungsverfügung erlasse, komme der Feststellung der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten ausschliesslich eine *Begründungsfunktion* zu; an der Aufhebung dieser Begründung fehle jedoch das schutzwürdige Interesse.²¹³

Das Bundesgericht setzte sich ausserdem mit der *früheren Ausnahme* von Art. 3a Abs. 3 lit. a aBankV²¹⁴ auseinander. Gemäss dieser Bestimmung galten u. a. Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums darstellen, *keine Einlagen* dar. Entscheidend sei, ob tatsächlich dingliche Rechte übertragen würden; das Bundesgericht liess die Frage jedoch offen, da aufgrund der

210 Urteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016: Erw. 2.1.

211 Urteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016: Sachverhalt A.

212 Urteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016: Erw. 1.2.2.

213 Urteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016: Erw. 1.2.3.

214 Heute nunmehr: Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV.

Umgehung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen nicht auf die zivilrechtliche Rechtsgestaltung abgestellt werden könne.²¹⁵

Der Umstand, dass die X. AG kein Geschäftsmodell hatte, um die jährlichen Mietzinszahlungen zu finanzieren, liess das Gericht von einer *Umgehung aufsichtsrechtlicher Vorschriften* ausgehen.²¹⁶ Wirtschaftlich betrachtet ging die X. AG somit gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber *mehr als 20 Kunden* ein und wurde diesen gegenüber zur Rückzahlungsschuldnerin der entsprechenden Leistungen, sodass sie entsprechend *Publikumseinlagen entgegengenommen* hatte.²¹⁷

h) *BGE 143 II 162 (Urteil 2C_867/2015 vom 13. Dezember 2016).*²¹⁸

Öffentliches Finanzmarktrecht: Anpassung eines SRO-Reglements durch FINMA

Im Jahr 2011 trat eine aktualisierte GwV-FINMA in Kraft, woraufhin die FINMA die verschiedenen *Selbstregulierungsorganisationen* (SRO) einlud, *Anpassungen ihrer Reglemente* zu prüfen.²¹⁹ Der Verein X.²²⁰ weigerte sich allerdings, entsprechende Anpassungen vorzunehmen, woraufhin die FINMA in einem *Enforcementverfahren* das Fehlen eines rechtsgenügenden Reglements feststellte, als Übergangsordnung die Ergänzung des Reglements anordnete und den Verein verpflichtete, die angeschlossenen Finanzintermediäre zu informieren sowie sein Reglement anzupassen.²²¹

Die FINMA war der Ansicht, dass das SRO-Reglement des Vereins X. durch *internationale Entwicklungen* (v. a. durch die GAFI-Empfehlungen) in verschiedenen Punkten als überholt und lückenhaft

215 Urteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016; Erw. 3.1.

216 Urteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016; Erw. 3.3; die Zinszahlungen wurden jeweils aus den Geldern neuer Anleger finanziert (a. a. O. Erw. 2.1).

217 Urteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016; Erw. 3.3.

218 Vgl. URS BERTSCHINGER, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2016 bis ins vierte Quartal 2017, SZW 2017, 844 ff.; Jurius, FINMA hat Kompetenzen nicht überschritten, Jusletter vom 6. Februar 2017, *passim*.

219 Sachverhalt A.: BGE 143 II 163.

220 Es handelte sich um PolyReg (vgl. Jurius, FINMA hat Kompetenzen nicht überschritten, Jusletter vom 6. Februar 2017, Rz. 1).

221 Sachverhalt B.: BGE 143 II 164.

zu betrachten sei, d. h. dass das Reglement den «minimal standards» nicht mehr genügt habe.²²² Der Verein X. machte vor Bundesgericht geltend, dass sein *Autonomiebereich als SRO* gemäss Art. 25 GwG sowie das *Legalitätsprinzip* im Rahmen von Art. 5 und 164 BV verletzt worden seien.²²³

Das Bundesgericht nahm mit der Vorinstanz an, «dass untergeordnete technische Anpassungen von in einzelnen Punkten überholten SRO-Reglementen direkt gestützt auf die materiellen geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten aufsichtsrechtlich zulässig sind, falls die entsprechende SRO zu einer Anpassung nicht bereit ist bzw. die entsprechenden technischen Entwicklungen verpasst hat».²²⁴ Vorausgesetzt sei, dass damit keine von den Regelungen im GwG *grundlegend abweichende Wertungen* oder *neue Pflichten* verbunden seien.²²⁵ Weiter stellte das Bundesgericht klar, dass die Genehmigung des SRO-Reglements durch die FINMA ein späteres Rückkommen nicht ausschliesse und darin insbesondere keine vertrauensbildende Grundlage zu erblicken sei.²²⁶

Ein *Eingreifen der FINMA* sei – in maiore minus – gestützt auf Art. 28 GwG (Entzug der Anerkennung), aber auch auf Art. 31 FINMAG (Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes) möglich.²²⁷ Das Gericht teilte zwar die Ansicht des Vereins X., dass es sich bei den GAFI-Empfehlungen rechtlich um *internationales «Soft law»* handle, mahnte jedoch, dass ihre Bedeutung ungeachtet dessen nicht unterschätzt werden solle: «[D]ie nationalen formellen und materiellen Gesetzgebungen sind regelmässig auf die Anpassungen der internationalen Standards abzustimmen».²²⁸

222 BGE 143 II 168 Erw. 3.1 a. A.

223 Sachverhalt D.: BGE 143 II 166.

224 BGE 143 II 170 Erw. 3.2.2.

225 BGE 143 II 170 Erw. 3.2.2.

226 BGE 143 II 172 Erw. 3.2.4.

227 BGE 143 II 172 f. Erw. 3.2.4.

228 BGE 143 II 173 f. Erw. 3.2.6.

- i) *BGE 143 I 253 (Urteil 1C_214/2016 vom 22. März 2017).*²²⁹
*Öffentliches Finanzmarktrecht: FINMA-Watchlist und
 Gewährserfordernis*

Seit dem Jahr 2009 führt die FINMA eine *Datensammlung* «Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit und Berufsausübung».²³⁰ A., der während des «LIBOR-Skandals» ein Kadermitglied der UBS AG war, ersuchte die FINMA im Jahr 2012, ihn über alle seine Person betreffenden Daten aus den Datensammlungen der FINMA zu orientieren.²³¹ Die FINMA teilte ihm mit, er sei in dieser sogenannten *Watchlist* eingetragen wie folgt: «Managing Director, Goba Head of STIR, später Macro IR. Höchste Person nachweislich involviert in Zinssatzmanipulationen. UBS trennte sich von ihm».²³²

A. verlangte die Löschung des Eintrags, die FINMA schlug folgenden Eintrag vor: «Managing Director, Global Head of STIR, später Macro IR. Es bestehen Hinweise, dass er über die Zinsmanipulationen informiert war. Das Arbeitsverhältnis mit der UBS AG wurde im gegenseitigen Einvernehmen im Rahmen eines Aufhebungsvertrags beendet».²³³ A. war damit nicht einverstanden und verlangte eine anfechtbare Verfügung.²³⁴ Vor Bundesgericht rügte A. schliesslich eine Verletzung von Art. 13 Abs. 2 BV und machte insbesondere geltend, es fehle eine *Rechtsgrundlage* für die *Watchlist*.²³⁵

Gemäss Art. 1 Datenverordnung-FINMA nimmt die FINMA die Daten von Personen, deren Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zweifelhaft oder nicht gegeben ist, in eine Datensammlung auf.²³⁶ Der *Zweck dieser Watchlist* sei die Durchsetzung des Gewährserfordernisses, womit die Liste «im Sinne einer Vorstu-

229 Vgl. FEDERICO ABRAR, La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2017 (...), RDAF 2018 I, 505 ff.; BERTSCHINGER (Fn. 218), Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2016 bis ins vierte Quartal 2017, SZW 2017, 843 f.; BOHRER *et al.* (Fn. 148) 67 ff.; THOMAS GROB/HANS CASPAR VON DER CRONE, Die Rechtsstaatlichkeit der FINMA-Watchlist, SZW 2017, 851 ff.

230 Sachverhalt A. a.: BGE 143 I 254.

231 Sachverhalt A. b. f.: BGE 143 I 254 f.

232 Sachverhalt A. d.: BGE 143 I 255.

233 Sachverhalt A. d. f.: BGE 143 I 255 f.

234 Sachverhalt A. e.: BGE 143 I 256.

235 BGE 143 I 257 Erw. 3.1.

236 BGE 143 I 258 f. Erw. 3.7.

fe die Grundlage für ein eventuelles Berufsverbot» bilde,²³⁷ d. h., sie bewirke im Ergebnis, «dass sich die darin Aufgenommenen von vornherein in einer ungünstigeren Ausgangslage zur Weiterführung oder Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit befinden, ohne dass dazu je ein korrektes konkretes Verfahren durchgeführt worden wäre, in dem sie sich gegen die gesammelten Verdachtsmomente hätten wehren können».²³⁸

Weiter hielt das Gericht kritisch fest, dass es sich bei den Angaben um ein Persönlichkeitsprofil handle,²³⁹ dass die Aufbewahrungsfrist von zehn Jahren lang erscheine²⁴⁰ und dass die Verordnung keine Information an Betroffene vorsehe.²⁴¹ Insgesamt liege ein *schwerer Eingriff* in das *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* vor, womit es einer formellen gesetzlichen Grundlage bedürfe.²⁴² Es führte weiter aus, die *demokratische Legitimation* der Datenverordnung-FINMA sei schwächer als bei bundesrätlichen Verordnungen, womit die Verankerung im formellen Gesetz umso bestimmter sein müsse.²⁴³ Ausserdem sei «vom formellen Gesetz nur gedeckt, was sich unmittelbar darauf zurückführen lässt, wobei es allerdings nicht allein auf den Wortlaut ankommt, sondern sich der Zusammenhang auch aus dem Zweck und der Systematik des Gesetzes ergeben kann».²⁴⁴

Art. 23 FINMAG erlaube der FINMA das Bearbeiten von Persönlichkeitsprofilen und damit auch die Watchlist,²⁴⁵ doch werde sie weder im Gesetz noch in der Botschaft erwähnt. Da das FINMAG gemäss Art. 5 FINMAG den Schutz der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte bezwecke und dies auch den Zweck der Watchlist darstelle, ist letztere «damit in ausreichendem Mass in Art. 23 Abs. 1 FINMAG angelegt und lässt sich, auch wenn sie darin nicht ausdrücklich genannt wird, auf ein formelles Bundesgesetz zurückführen».²⁴⁶

237 BGE 143 I 259 Erw. 4.1.

238 BGE 143 I 260 Erw. 4.3.

239 BGE 143 I 261 Erw. 4.4.

240 BGE 143 I 261 Erw. 4.5.

241 BGE 143 I 262 f. Erw. 4.7.

242 BGE 143 I 263 Erw. 4.8.

243 BGE 143 I 265 Erw. 6.2.

244 BGE 143 I 265 Erw. 6.3 a. E.

245 BGE 143 I 266 Erw. 6.5.2 a. A.

246 BGE 143 I 267 Erw. 6.5.2.

Durch Art. 23 FINMAG *nicht gedeckt* sei jedoch die Speicherung von rein auf Verdachtsmomenten basierenden Daten.²⁴⁷ Erlaubt seien «lediglich erhärtete Angaben zur Person in Verbindung mit zuverlässigen Daten zur Geschäftstätigkeit. (...) Nicht gesetzeskonform und damit unzulässig sind andere Daten wie von Beteiligten oder Behörden ausgesprochene Vermutungen und Anschuldigungen oder unbelegte Verdächtigungen sowie sonstige, nicht in einem kontradiktorischen oder sonst wie glaubwürdigen Verfahren erhobene und geprüfte Äusserungen mündlicher oder schriftlicher Art».²⁴⁸

Vor diesem *rechtsstaatlichen* Hintergrund hiess das Bundesgericht – anders als noch das Bundesverwaltungsgericht – die Beschwerde von A. gut. Die *streitgegenständlichen Daten*, mit Ausnahme der Angaben zur Person, beruhten nämlich ausschliesslich auf Verdachtselementen und stammten nicht aus einem rechtlichen Verfahren, in dem A. eine Parteistellung hatte, oder aus einer anderen zuverlässigen Quelle. Damit war die Datensammlung über A., in Bezug auf die meisten Daten, bundesrechtswidrig.²⁴⁹

247 BGE 143 I 267 Erw. 6.5.3.

248 BGE 143 I 267 f. Erw. 6.5.3.

249 BGE 143 I 269 Erw. 7.3.